العرف والعادة في رأي الفقهاء

عرض نظرية في التشريع الإسلامي

بقلم

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

« حصل بهذه الرسالة واضعها على شهادة العالمية »
« من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر »

« وهذه أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية »
« برياسة المغفور له الأستاذ الأكبر »
« الشيخ المراغي في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ »

مطبعة الأزهر

١٩٤٧

العرف والعادة في رأي الفقهاء

عرض نظرية في التشريع الإسلامي

بقلم

أحمد فهمي أبو سنة

المدرس بكلية الشريعة

« حصل بهذه الرسالة واضعها على شهادة العالمية »
« من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر »

« وهذه أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية »
« برياسة المغفور له الأستاذ الأكبر »
« الشيخ المراغي في ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ »

مطبعة الأزهر

١٩٤٧



« الإهـداء »

إلى روح الأستاذ الأكبر المغفور له الشيخ محمد مصطفى المراغى

أحمد الله إليك ، وسـلامه عليك ورحمته ومغفرته ، ورضى الله عنك فى عليين ، مع النبيين والصديقين ، والشهداء والصالحين .

أما بعد ، فهذه « نظرية العرف والعادة فى رأى الفقهاء » التى تتوجت بشرف رياستك للجنة التى ناقشتها ورضيت عنها وشهدت لها ، والتى هى باكورة طيبة من بواكير إصلاحك للأزهر ؛ أقدمها الى روحك الطاهرة ثمرا يانعا من ثمار غرسك المبارك ، وأثرا نافعا من آثار جهادك المجيد ، وتذكارا خالدا لوفاء التلميذ للعلم ، ووفائه كذلك لشيخ العلماء . نعم ، فهى وحى توجيهك يامولاى ، وإنتاج حفزك وإرشادك .

حلقة جديدة ، أضمها الى السلاسل الذهبية لسلفنا الصالح ، ليس لى فيها إلا صياغتها بعد جمع معادنها من حواضر العلم وبواديه ، واستلهام فقهها من ألسنة الكتب ، ومقالات الفقهاء .

أردت أن أعرضها على الناس فى وضوح ، ليطالعوا فيها سمو الفقه وسماحته وعدالته ، ويقفوا منها على مبلغ ما وصل اليه فقهاء المسلمين ، من نبل التفكير ، وحصافة الرأى ، وحسن الاستنباط ، ويؤمنوا بأن شريعة السماء هى وحدها التى يجب أن تتصدر للحكم بين الناس ، وهى وحدها التى يجب أن تستمد منها التشريعات المدبرة لأمر الأفراد والجماعات .

وأردت كذلك أن أجعلها مفتاحا أفتح به لنفسى ولأمثالى باب البحث فى الفقه ، على أنه نظريات وقواعد كلية ، بعد أن كان يبحث على أنه فتاوى وحلول جزئية ؛ لأنى أرى أن هـذا هو الجهاد الأكبر ، فى سبيل الدفاع عنه ، وإعلاء كلمته فى هـذا الزمن .

أسأل الله أن يهدينا سبيل الرشاد !

أحمد فهمى أبو سنة

فاتحة الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك يا من أتممت علينا النعمة ، ورضيت لنا الاسلام دينا ، ونزهته عن الحرج والإعنات ، وصفّيته من العسر والإجهاد. سبحانك فأنت اللطيف بالعباد ، وأنت الرءوف الرحيم . وأصلى وأسلم على سيدنا محمد الذى ابتعثته رحمة للعالمين ، على حين كانوا فى ظلمات الضلالة وشقوة الكفر والجهالة ؛ أخرجتهم به من الظلمات الى النور ، وحفظت به مصالحهم فى العاجلة والآجلة . ورضى الله عن المهاجرين والأنصار ، والذين اتبعوهم باحسان ؛ فلقد جاهدوا فى الاسلام حق الجهاد ، واجتهدوا فى فهم أسراره وحسن تطبيقه على اختلاف أزمنة الناس وجنسياتهم ومنازعهم صدق الاجتهاد .

يقولون: إن الفقه الاسلامى نظام جامد عقيم لا يمكن تطبيقه فى هذا العصر ، ولا يفى بمقتضياته على وجه يحفظ مصالح الناس ، ولا يحل مشاكل هذه المدنيات الجديدة المعقدة . ويدفعهم هذا الزعم الى استحسان بعض شرائع الغرب على شرع الله ، وتحكيمه فى دماء الناس وأعراضهم وأموالهم . وباطل ما يزعمون . ذلك بأن الحق الذى لا ريب فيه ، والإيمان الذى لا زيغ فيه ، أن الشريعة قائمة على رعاية مصالح العباد على اختلاف أزمنتهم ، وافية بحاجاتهم على اختلاف شعوبهم وتباعد ما بينهم ، كما يشهد بذلك قول الله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمةً للعالمين . وما ارسلناك إلا كافّةً للنّاس بَشيراً ونَذيراً » . ويدل عليه تعليل الأحكام ، وإبداء الحكمة من تشريعها ، كما فى الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد ، والقصاص ؛ قال تعالى : « ما يريد الله ليجعلَ عليكم من حَرَجٍ ولكنْ يُريدُ ليُطهِّرَكم وليتم نعمته عليكم » ، « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » ، « كُتب عليكُم الصيام كما كُتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » ، « لِيَشْهَدُوا منافعَ لهم ويذكروا

اسمَ اللهِ فى أيامٍ معلومات » ، « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم » ، « ولكم فى القصاص حياة » ، وغير ذلك مما يقطع معه بأن رائد الشريعة هو حفظ مصالح الناس ، وأنها عامة لكل زمان ومكان . وهى كذلك مبنية على أساس متين من التوسعة على المكلفين ورفع الحرج عنهم « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » . وإن من أقوى مظاهر تلك الرعاية وهذه التوسعة ، رعاية العرف فى الأحكام التى بنيت عليه .

فقهٌ هذا شأنه ، وتلك غايته ، كيف يرمَى بهذه الفرية الآثمة ؟ ! لو أن هؤلاء الزاعمين ثقفت عقولهم بمقصد الشريعة النبيل ، وطبيعتها الهيّنة الرحيمة ، لأحلوها من أنفسهم محل العقيدة ، ولرضوا بها دون غيرها قسطاسا مستقيما لإظهار عدل الله بين الناس .

ونحن إذ نريد أن ندعو إلى سبيل الله بالحكمة ، فعقيدتى القوية أنَّ أهدى طريق هو أن نعرض على الناس نظريات هذا الفقه التى لم يصل إليها أى تشريع مهما ادُّعِى له من الرقى والسداد ، ونطالعهم بمحاسنه التى لا تنفد ، وجديده الذى لا يبلى ، لنثبت أمام العالم أنه دين الله الذى « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تنزيل من حكيم حميد » ، وأنه ليس لعقول الناس مهما بلغت من السلامة وأوتيت من الرشد أن تُخرج مثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً .

ولما كانت رعاية العرف الصحيح ، والعادات ، فى الاستنباط من الأدلة ، وتطبيق أحكام الله على المتدينين ، والتخريج على قواعد الأئمة ، والترجيح بين أقوالهم فى كل زمان ، قاعدة محكمة ، ونظرية صحيحة سامية ، فيها تحقيق لمقصد الشرع ، وفيها صيانة للحقوق وحفظ للعدالة — استخرت الله تعالى أن أبحث العرف والعادة ، وأثرهما فى الفقه الإسلامى ، والتصرفات الجارية على قواعده ، تخليدا لمظهر سام من مظاهر غنى الشريعة وقيامها بمصالح الناس ، وتفنيدا لهذا الباطل الذى يؤثرون به اقتراحات الناس على شرع السماء ، ونشراً لصفحة من أمجد صفحات الفقه والفقهاء .

فتشت في طيات العرف وسبرت غوره، فوجدته صعب المورد، متعدد النواحي، كثير الشعاب؛ لأن اجتلاء أمره محوج إلى البحث عن معناه، ونشأته، وأسبابه، وقوته، وتقسيماته، وهل يصلح دليلا على الأحكام أولا، والأصل الشرعي الذى يرجع إليه، والبحث عن اعتباره الفقهي، ومعناه، ودليله، وشروط هذا الاعتبار، ومبلغ مراعاة الشريعة له، ومنزلته منها، وتبدل الأحكام به، وحكم معارضته لأدلة الشرع ونصوص الفقهاء، وموقف المجتهدين منه فى استنباط الأحكام، والمفتين والقضاة منه فى أخذ الحكم من نصوص المذهب، وتحكيمه فى النوازل، وحكم معارضته للغة، وذكر بعض المسائل التى ظهر أثره فيها، توضيحا للبحث، وإتماما له.

بحوث ما أكثرها، وما أشدها تعقيدا، على عزة مصادرها، والصعوبة فى استنباطها من مظانها، وانتثارها فى بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبعثرة! لأن أحدا من الفقهاء لم يتعرض لتفصيل قوانين العرف وأحكامه وتبيين مشتبهاته فى كتاب. اللهم إلا الفقيه الناضج ابن عابدين عليه رحمة الله؛ كتب رسالة ضمنها عجالة عن بعض ما يتعلق به؛ الأمر الذى دعانى إلى شىء من الإفاضة فى البحث والاحتجاج لكل ما قلت بأدلة الدين وعبارات الثقات من فقهاء المسلمين، مما يقدم لى العذر عند القارىء الكريم إن أحس ببعض الإطالة.

ومهما يكن من شىء، فإنى لم أدّع العصمة فيما كتبت، ولم أقل فى هذا الموضوع كلمته الأخيرة: فإن أك قد أصبت فى شىء منه فما توفيقى إلا بالله، وإن أك قد أخطأت أو قصرت، فأرجو أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطئه، وحملت الباحثين على توسيع مباحثه.

اللهم اجعله خالصا لوجهك الكريم، ووفق المصلحين من هذه الأمة إلى نصرة صراطك المستقيم، وثبتنا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة!

المقال الاول

المقدمات

يحتاج الباحث عن العرف والعادة من الناحية الفقهية ، إلى دراسة ما يتصل بهما من جهة المعنى ، والنشأة ، والأسباب ، والقوة ، والتقسيم ، ليكون على بيّنة من أمره ، وتسهل عليه مهمته .

معنى العرف والعادة لغة وفقها

وردت كلمة العرف فى اللغة بمعان كثيرة ، منها ماقال ابن منظور فى اللسان(١) : « عرف الرمل والجبل وكل عال : ظهره وأعاليه . قال : وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها : منبت الشعر والريش من العنق . قال : والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به أى تأنس به » وتطمئن إليه . وقال : العرف والمعروف : الجود ، وقيل هو اسم ماتبذله وتسديه . قال : والعرف بالضم والعرف بالكسر : الصبر وقال أبو دهبل الجمحى :

قل لابن قيس أخى الرقيات ما أحسن العرف فى المصيبات

قال : والعرف اسم من الاعتراف ، ومنه قولهم : له علىّ ألف عرفا أى اعترافا . قال : وطار القطا عرفا عرفا : بعضها خلف بعض . وعلى الجملة فان الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسات وكرم من المعانى ، والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض .

ويظهر أن استعماله فى كل هذه المعانى ، بطريق الحقيقة ، كما يفهم من صنيع صاحب تاج (٢) العروس حيث لم يورد من الاستعمال المجازى إلا أعراف الريح

(١) جـ ١١ ص ١٤٤ .
(٢) جـ ٦ ص ١٩٣ .

والسحاب والضباب لأوائلها ، والعرف بمعنى موج البحر . واقتصر فى الأساس على الأول . قال فى اللسان : وقد حرك الشاعر ثانيه فقال :

إن ابن زيد لا زال مستعملا   للخير يفشى فى مصره العُرُفا

وقد وردت كلمة العرف فى القرآن : قال تعالى « وأمرْ بالعُرْف » . قال الزمخشرى : العرف هو المعروف الجميل من الأفعال . وفى لباب التأويل كما فى الألوسى : وأمر بكل ما أمر الله تعالى به وعرفته بالوحى . اه وقال تعالى : « وعلى الأعراف رجالٌ » . قال الزجاج : أى أعالى السور بين الجنة والنار . وقال تعالى: « والمرسلات عُرْفا » يجوز والله أعلم أن يكون المراد : والملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس . ويجوز أن يكون المراد : والمرسلات بالمعروف والإحسان . كذا يفهم من الألوسى .

والعادة كما فى اللسان (١) هى الديدن اه . والديدن : الدأب والاستمرار على الشىء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أى يرجع اليها مرة بعد أخرى ، جمعها عادات وعوائد .

المعنى الفقهى : جاء لفظ العرف فى كلام المتقدمين من الفقهاء من غير أن يتعرضوا لتحديده : وأول تحديد وقفت عليه هو لعبد الله بن أحمد النسفى المتوفى سنة عشر وسبعمائة للهجرة ، وتبعه من بعده الكثير من كتاب الفقه والأصول : قال فى المستصفى : العرف : ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . ولم أظفر بمن تعرض لهذا التعريف ولا التعريفات الآتية للعادة بالبيان . فأقول بتوفيق الله : يعنى هو الأمر الذى اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق فى قرارتها وألفته مستندة فى ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم فى الجماعة . وإنما يحصل استقرار الشىء فى النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة .

فلفظ «ما» عام يشمل القول والفعل . وقوله : « ما استقر فى النفوس » يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس فإنه لا يعد عرفا . وقوله : « من جهة العقول » يخرج به ما استقر فى النفوس من جهة الأهواء والشهوات ، كتعاطى

---

(١) جـ ٤ ص ٣١١ .

المسكرات واعتياد كثير من أنواع الفجور ، وما استقر فى النفوس بسبب حادث خاص كفساد الألسنة الناشىء من اختلاط الأعاجم بالعرب إبان الفتوحات الإسلامية ، أو بسبب أمر اتفاقى كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بنفع لهم فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها ، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بضرر لحقهم فجرهم ذلك إلى تعارف تركها . وقوله : « تلقته الطباع » الخ ، يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه نكر لا عرف .

فالناس كلهم أو أهل إقليم خاص أو واضعو فن خاص أو أهل صناعة خاصة أو أهل الشرع ، إذا تعارفوا عند إطلاق لفظ أن يريدوا معنى خاصا ويفهموه إذا سمعوه حتى استقر فى نفوسهم وقبلته الطباع السليمة فيهم ، يسمى عرفا . والمسلمون إذا تعاملوا استصناع الثياب وأثاث المنزل أو وقف بعض المنقولات أو شرطاً خاصاً فى البيع ، سمى عرفا . والمصريون إذا تواضعوا على قبض نصف الصداق قبل العقد ، سمى عرفا . وأهل المغرب إذا اعتادوا كشف الرأس ولم تستقبحه الطباع السليمة فيهم ، سمى عرفا . والعرب فى جاهليتهم إذا تعارفوا عقود الربا ، والهندوكيون البراهمة إذا اعتادوا إحراق الموتى ، سمى كل من تينك عرفا .

فقد رأينا أن العرف جرى فى الأقوال والأفعال التعاملية والخلقية ، وعرفنا قبل ذلك أن كيانه يقوم على استقرار الأمر فى النفوس وقبول الطباع السليمة له . متى توفر ذلك فقد وجدت حقيقة العرف ، وإن كان اعتباره عند الفقهاء مشروطاً بشروط وراء هذا .

وقد يعترض : كيف يقال إن الطباع السليمة تقبل عقود الربا ، وإحراق الموتى ؟

والجواب عن ذلك : أن الطباع السليمة ليست منبعاً للخير دائماً ، وليست معصومة عن القبيح ، بل هى العقول تخطىء وتصيب ؛ إنما العصمة للأديان والشرائع المنزلة من السماء . وسيأتى لهذا الكلام وفاء إن شاء الله . وقد سبق نقل كلام عن اللسان بمعنى هذا التعريف ، وعليه فيتساوى المعنى اللغوى والفقهى للعرف .

ويؤنس هذه التسوية أن صاحب أقرب الموارد (١) ذكر من معانى العرف هذا المعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء . وعلماء الاجتماع أطلقوا العرف على كل ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضا ، سواء أكان مصدره العقل أو الغريزة أو الصدفة والاتفاق ؛ ولهذا الإطلاق أصل لغوى أيضاً كما مر فى قولهم : طار القطا عرفا عرفا أى بعضها يتبع بعضا . والسر فى اقتصار الفقهاء فى معنى العرف على ما كان مصدره العقل ومخالفتهم الاجتماعيين فى التعميم ، أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث إنه قاعدة تبنى عليها الأحكام العملية ، والاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره فى الجماعة .

معنى العادة

قال ابن أمير حاج فى شرح التحرير (٢) : العادة : الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . فالأمر شامل للقول والفعل . وتكرر الشيء : حصوله مرة بعد أخرى. فخرج بالمتكرر ما حصل مرة ، فإنه فى الأصل لا تثبت به العادة ؛ وإن ثبتت به فى بعض المواضع ، كما فى الحائض ، فلمقتض خاص وهو عدم التخلف غالبا بعد حصوله مرة . وخرج بقوله : من غير علاقة عقلية ، ما كان عنها كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العقلية . مثالها : اعتياد كيل البر وثمنية النحاس والغش فى البياعات .

يتبين من التعريف أن باب العادة واسع ، يشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال ، سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة ، وسواء أكان مصدره أمراً طبيعيا كحرارة الإقليم وبرودته اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطاؤه ، وطبيعة الأرض التى تقتضى غلبة نوع من الأموال فى الإقليم وصناعة أهله ؛ وسواء أكان مصدره العقل وتلقى الطباع له بالقبول وهو العرف المتقدم ، أو كان مصدره الأهواء والشهوات كالقاعد عن الخيرات وقصد الضرر وأكل المال بالباطل والغش والظلم ، وهذا يسميه الفقهاء بفساد الزمان ، أو كان مصدره حادثا خاصا

(١) ج ٢ ص ٧٦٩ .

(٢) ج ١ ص ٢٨٢ .

كفساد الألسنة الناشيء من اختلاط العرب بالأعاجم . كل هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء ، وبنيت الأحكام عليها ، وراعاها المجتهد فى الاستنباط ، والمفتى فى الجواب عما يعرض عليه من الأحداث ، والقاضى عند الحكم فيما يرفع اليه من الدعاوى . وقد شرحت العادة بشروح رغبت عنها لتقصيرها عن الجادة ، كما يتضح ذلك مما يأتى :

فابن الهام فى التحرير قصرها على العرف العملى ، أى ما جرى عليه العمل عند الناس . وبهذا المعنى يشعر كلام فخر الدين البزدوى فى أصوله حيث قال : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ؛ فإن شارحه ذكر احتمالات فى معنى الاستعمال والعادة أحسنها تفسير الاستعمال بالعرف القولى ، والعادة بالعرف العملى ، حملا للكلام على التأسيس والإفادة .

وقد صرح بهذا شمس الدين الفنارى (١) فى فصول البدائع حيث قال : حصر المشايخ قرينة المجاز فى خمسة : ما بدلالة العرف قولا والعادة فعلا اه .

وهذا القصر لا معنى له ؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة فى الأقوال والأفعال معا . قال فى المبسوط من كتاب الإيمان : سئل محمد عن وجه الحلف بأمانة الله ، فقال : لا أدرى . فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينا اه . ومثّل السراج الهندى فى شرح المغنى وغيره من الأصوليين للعادة العامة والخاصة بقول الشخص : لا يضع قدمه فى دار فلان المستعمل فى الدخول ؛ وبالنقض فى اصطلاح الأصوليين المستعمل فى تخلف الحكم عن العلة . وقال فى الموافقات (٢) فى ذكر العادات المتبدلة : ومنها ما يختلف فى التعبير عن المقاصد ، فتنصرف العبارة الى معنى عبارة أخرى بالنسبة الى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة الى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع فى صنائعهم ، مع اصطلاح الجمهور اه . اللهم إلا أن يكون القصر اصطلاحا لبعض الناس كما تشعر به عبارة التلويح (٣) . قال : قوله :

---

(١) جـ ٢ ص ١٥٩ .
(٢) جـ ٢ ص ٢٨٤ .
(٣) جـ ١ ص ١٧٥ .

أو عادة، يشمل العرف العام والخاص. وقد يفرق بينهما باستعمال العادة في الأفعال، والعرف في الأقوال، وقد عرفت العادة بما يجعلها مرادفة للعرف، كما تقدم عن المستصفى «العادة والعرف ما استقر في النفوس الخ» حيث جمعهما في تعريف واحد.

قد يلاحظ في بادىء الرأي تباين بين هذا التعريف وما قبله، حيث أخذ في جنس الأول تكرر الأمر، وفي الثاني الاستقرار؛ ولكن لا تباين في الواقع؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بمعاودتها مرة بعد أخرى وتكررها صارت معروفة مستقرة في النفوس.

إيضاح ذلك: أن العادة يوجد فيها أمران: تكرر الأمر، واستقراره في النفوس، والثاني لازم للأول: فمن عرّف بالأمر المتكرر لاحظ الأول، ومن عرف بما استقر في النفوس الخ، لاحظ الثاني. نعم هو غير جامع، لأنه لم يشمل العادة الفردية، ولا ما صدر عن غير العقول، فهو كما قال هبة الله في شرح الأشباه: إن كثيراً من أمثلة العادة لا يصدق عليه هذا التعريف.

قال القرافي في التنقيح (١)، وابن فرحون في التبصرة، والطرابلسي في معين الحكام: العادة: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.

أخذ في جنس هذا التعريف الغلبة، بمعنى أن المعتادين للأمر قولا أو فعلا أكثر من غيرهم، في جميع البلاد أو بعضها. وقد يقال عن هذا: إن الغلبة من أركان العادة، وإن إغفالها في التعريفات السابقة نقص. والواقع أن لا نقص؛ لأنها ليست ركناً في العادة، بل شرطاً في اعتبارها مبنى للأحكام، بدليل أنهم يطلقون على العادة المشتركة عادة ولا غلبة فيها، وبدليل أنهم يقولون: عادة غالبة وعادة مطردة، والوصف غير الموصوف، وبدليل أنهم يشرطون في اعتبار العادة الغلبة، أو الاطراد؛ قال صاحب الأشباه: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت اه. ومعلوم أن الشرط زائد على المشروط، فالتعريفات السابقة لشرح مطلق العادة، سواء أكانت مطردة أو غالبة أو مشتركة، أي سواء كانت معتبرة لبناء الأحكام أو لا. أما القرافي فإنه

(١) ص ٢٠٠ ومعين الحكام ص ١٢٥ والتبصرة ج ٢ ص ٣٣.

يعرف عادة الجماعة التى اعتبرها الفقهاء لبناء الأحكام عليها ، وهى التى توفر فيها شرط الغلبة . والمراد بها فى التعريف ما يشمل الاطراد . لكن يرد على هذا التعريف أنه غير جامع ؛ لأنه لم يشمل عادة الفرد . وإنما اخترت التعريف الأول من بين هذه التعريفات ، لأن ما عداه لم يسلم من الطعن كما رأيت .

النسبة بين العرف والعادة

وبناء على تعريف ابن أمير حاج الذى اخترته ، وتعريف القرافى أيضاً ، تكون النسبة بين العرف والعادة العموم والخصوص المطلق ؛ والعادة هى الأعم . وعلى رأى ابن الهمام ومن وافقه تكون النسبة العموم والخصوص أيضاً ؛ والعرف الأعم . وعلى رأى صاحب المستصفى تكون بينهما المساواة . والتوجيه ظاهر ؛ ومنه يتبين نوع العطف فى قولهم : العرف والعادة .

نشأة العرف والعادة

وإذ استبان معناهما ، فلنمض قدماً إلى الحديث عن نشأتهما ، فنقول : كل عمل يأتيه الإنسان باختياره لابد له من باعث يدعو إليه ، وذلك الباعث إما خارجى كأمر مَن يشعر باحترامه ويعتقد أن طاعته واجبة ، وكظهور مصلحة من شىء أثبتتها التجربة أو البحث العلمى ، وكالأعمال التى تدعو إليها البيئة الطبيعية ، أو الاجتماعية .

وإما داخلى ، وهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه ، كحب الانتقام ، والحياء الشديد ، الداعيين إلى الأخذ بالثأر ، والحجاب .

ذلك الباعث يوجد فى النفس رغبة فى العمل ، وميلا إليه ؛ فإذا أنفذ الإنسان هذه الرغبة ، وأتى بما مال إليه ، وكرره مرة بعد أخرى ، فقد أصبح عادة . فالذي يكوّن العادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل .

ثم إن هذا العمل ، إذا صادفته نفوس مستعدة ، تأثرت بمحاكته وقلدت فيه ، إذ الجماعة مفطورة على التقليد فيما تهوى وتحب ، مطبوعة على الاقتداء عن

تستهديه فى شئونها لاعتقاد الكمال فيه ؛ إلا أن هذه المحاكاة قد تكون سريعة ، وقد تكون بطيئة ، بحسب شدة الحاجة إلى العمل وقوة محبته وضعفهما .

فإذا تكررت هذه المحاكاة ، وذلك التقليد ، صار العمل أمراً شائعاً بينهم ومتعارفاً فيهم ، وعندئذ يتم تكوّن العرف والعادة ، أى عادة الجماعة .

فالأطوار التى يمر بها هى : الميل ، فالعمل ، فالتقليد ، فالتكرار . ويلاحظ هنا أنه ليس بضرورى ليصير الأمر عرفا ، أن يطرد العمل به ، أو يكون غالبا ؛ فقد يتعارف الناس أمرين متضادين ؛ كأن يتعارف بعضهم قبض الصداق قبل الدخول ، ويتعارف البعض غير ذلك ، من غير غلبة لأحدهما ؛ ويسمى إذ ذاك عرفا مشتركا .

وكما جرى ذلك فى الأفعال يجرى فى الأقوال ؛ ذلك أن الإنسان مدنى بطبعه ، محتاج إلى أن يوجد فى مجتمع يعاونهم ويعاونونه ، ويكون فى حاجتهم ويكونون فى حاجاته ؛ لهذا نراه مضطرا إلى التعبير عن مراده ، وإلى أن يفهم عنهم ويفهمون عنه . ولذلك طريقان : طريق وعرة شائكة ، وأخرى سهلة معبّدة .

أما الأولى فهى التفهيم بالعقد ، والنصب ، والإشارة ، والمثال ، والكتابة ، وغير ذلك من الأمور المحسة . ووجه صعوبة هذه الطريقة أنها تستنفد الوقت الطويل وتتطلب العمل الكثير ؛ ومع ذلك فهى لا يمكن التعبير بها عن الأمور المعقولة التى هى معظم المرادات النفسية .

أما الطريق الثانية ، فهى التعبير بالألفاظ . ووجه سهولتها أنها خفيفة المؤنة ، فلا تبتغى عملا ولازمنا ، شاملة النفع ؛ إذ يمكن التعبير بها عن المحس والمعقول . ومن هنا كان من إحسان الله تعالى الإرشاد إلى اللغات ،

لكن ما دام الناس يتقدمون على مر الزمان فى الصناعات والعلوم والمدنية ، وما دامت حاجاتهم تزداد جيلا بعد جيل ، فالتعبير باللغة الأصلية العامة يحدث اشتباها واختلاطا وعسراً فى فهم الغرض . لذلك جرت سنة الناس من أهل الأقاليم أو الحرف أو الدين أو العلوم أن يصطلحوا على ألفاظ خاصة يريدون بها معانى خاصة ، حتى تصبح حقائق مستعملة ، يسهل بها الإفادة والاستفادة فيما بينهم . وليس بضرورى فى هذا الاصطلاح أن يصرح أهل العرف بالوضع أو ما فى معناه ؛ بل قد يكون كذلك ، وقد يكون بتداول فهم المراد من اللفظ .

فمن القسم الأول قوله صلى الله عليه وسلم : « أتدرون ما العقيم ؟ قالوا : الذى لا يولد له . قال صلى الله عليه وسلم : ليس بذاك ، وإنما العقيم الذى لم يقدم من ولده شيئا » . ومن ذلك أيضا قوله صلى الله عليه وسلم : « الإثم ما حاك فى صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس » .

وكثيرا ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية تصرف إلى المراد بقرينة ، ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة ، ثم يزداد الاستعمال ويشيع حتى يفهم منها المراد من غير قرينة ، وتهجر حقائقها فلا تفيد معناها إلا بقرينة ؛ وعند هذا ينعكس الأمر ؛ فما كان مجازا لغويا أصبح حقيقة عرفية ، وما كان حقيقة لغوية أصبح مجازا عرفيا .

أسباب العرف

العادات التى تشيع بين أهل البلاد أو بعضها أو بين الطائفة ، ليست كلها متحدة الغرض ، متفقة الداعية : بل لها أسباب شتى تستوحيها وتدفع إليها ، يقوم معظمها على الحاجة وعموم البلوى ؛ إذ كثيرا ما يعرض للناس ظرف خاص فيدعوهم إلى عمل خاص ، فيتكرر ذلك منهم ويتعاملون ، فيصير عرفا ، كما هى الحال فى بيع الوفاء ، ووقف بعض المنقولات ، وفى بيع السلع بشرط تسليمها فى متجر المشترى . وهذه الحاجات الداعية تختلف بحسب البيئات الطبيعية ، أى ما يحيط بالجماعة من مناخ الاقليم ، ومعدن أرضه ، وموقعه ، وما فيه من بحار وأنهار ، وغير ذلك من المرافق ؛ والبيئة الاجتماعية ، وهى النظم الاجتماعية التى تحيط بالجماعة من الأخلاق ، والمعتقدات ، والشعائر الدينية ، ونظام الحكم ، ومعاهد العلم ، والصناعات ، والفنون ، والأفكار .

وقد يكون السبب أمر صاحب السلطان فى الجماعة ، أو رغبته فى شىء خاص ، كما هو الحال فى أكثر العادات التى خلفها لنا الحكم الشيعى الفاطمى ، كالموالد .

وقد يكون العرف وراثيا بحتا ، ليس للجماعة حاجة إليه ، ولا عمل فى خلقه ، سوى أنهم تلقوه عن الأسلاف ، كما هو الحال فى عقائد الجاهلية « قال أو لو جئتكم بأهدى مما وجدتم عليه آباءكم ؟ » ، « قالوا إنا وجدنا آباءنا على أمة وإنا على آثارهم مهتدون »

وقد يكون السبب إقامة بعض الشعائر الدينية القديمة ، ثم يتناسى هذا السبب ويتعاطى الناس العمل على أنه عرف لا أكثر ولا أقل ، كما هو الحال فيما نسميه بعيد « شم النسيم » فان الاصل فيه على ما يقال ، شعيرة من شعائر الدين المصرى القديم . وعلى الجملة فان العرف وإن كان عن الميل من جهة العقل ، إلا أنه تختلف نوازعه ، وتتعدد دوافعه ، مما سيتبين أثره ، إن شاء الله .

سلطان العرف

مجموعة المصطلحات والتقاليد التى تعتادها كل أمة وتتخذها منهاجا للسير عليها ، لها فى نفوس الأفراد احترام عظيم ، بل لها عليهم السلطان القوى ، حتى إنهم ليعدونها من ضروريات الحياة التى لا يستغنى عنها ، ومن المفاخر التى يسر بها ؛ وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدين ، فيرون أنفسهم ملزمين باعتناقها والجرى على سَنَنها ، ويرون الخروج عليها إثما عظيما يستجلب الاستياء ويدعو إلى الثورة ؛ ذلك كما قال علماء النفس : لأن العمل بكثرة تكراره تتكيف به الأعصاب والأعضاء ، فيأخذ مكانه من النفوس ، كالسيل بقوة انحداره يحتفر طريقه فى الجبل ، فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه ، فكذلك العرف يرسخ فى النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه ، وبخاصة إذا اقتضته الحاجة .

ومن هنا قالوا : العادة طبيعة ثانية ؛ يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة ، أى ما فطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم : يد تبطش ، ورجل تمشى ، وعين تبصر ، وأذن تسمع ؛ فلو حاول إنسان أن يسمع بعينيه ، أو يمشى بيديه ، ما استطاع إلى ذلك سبيلا . كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة . فالأعراف التى تصطلح الأمم عليها هى فيما بعد ، أسيرة لها مطبوعة على انتهاجها .

وقال الفقهاء : فى نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم . يعنون لما لها من القوة والتغلغل فى الرءوس .

ولذلك نرى الأنبياء والداعين إلى الشرائع يقاسون كثيراً من المصاعب ، ويتحملون شديداً من المتاعب فى نشر دعوتهم ، والإقلاع عن مساوىء العادات ؛ فتراهم يأخذون الناس بحد السيف تارة ، وبسياسة التشريع والتدرج فى الدعوة طوراً . أخرج البخارى عن عائشة رضى الله عنها ، قالت « إنما نزل أول ما نزل

سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً. ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً».

ولذلك أيضا نرى دعاة الإصلاح في كل أمة يلقون صنوفا من المقاومات الشديدة، وضروبا من الحملات العنيفة، ولو كانت أعرافهم خرافات وأباطيل. وأكثر ما تكون هذه المقاومات من المسنين، فإنا نراهم يرفضون كل جديد، ويثورون على كل حديث، ولو أيده الشرع أو شهد بصلاحيته العلم. هذا لأنهم ألفوا نوعا خاصا من التقاليد والعادات، فأصبحوا ينقمون من المصلحين كل ما عداه.

فإذا كان العرف له هذه القوة، فالواجب علينا أن ننعم النظر إليه في حين نشأته، فإن كان صحيحا تقره قواعد الشرع نميناه وساعدنا على ذيوعه، وإن كان فاسدا يمقته الدين أمتناه وشهرنا كل سلاح لمكافحته. وكما أن الشجرة إن عنينا بها فأحسنا لها التربية والتغذية في أيامها الأولى عنيت بنا في مستقبلنا فقدمت لنا أحسن الثمار وأظلتنا بأطيب الظلال، فكذلك العرف إن عنينا باختياره كما يوافق الشرع والخلق الكريم وأبعدنا عنه شوائب الابتداع والإفساد، عنى بنا في مستقبلنا، وجلبنا للإسلام الراحة والإسعاد، وأسسنا للمسلمين قومية مجيدة نباهي بها، وأرحنا المفتين والقضاة والمرشدين من كثير مما يعانونه في تطبيق الأحكام ومكافحة المنكرات، وذلك واجب البيت والمعهد والحكومة (١).

تقسيم العرف والعادة

ينقسم العرف إلى ثلاثة تقسيمات باعتبارات: الأول باعتبار سببه. الثاني باعتبار من يصدر عنه. الثالث باعتبار المعنى اللغوي.

---

(١) مراجع هذا الموضوع والذى قبله: التقرير شرح التحرير ح١ ص١، ح٠ ص١، مقدمة ابن خلدون ص ١٢٨، كتب علم الاجتماع في بحث العرف، علم النفس في بحث العادة، المبسوط في مباحث مختلفة.

التقسيم الأول ينقسم إلى قولى وعملى ، فالقولى هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة . وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول وإرادة غير المدلول : فالأول كإرادة بعض أفراد العام منه بعد أن كان دالا على كل أفراده ، كالدرهم بعد أن كان يطلق على كل أفراد الدراهم صار مقصوراً على النقد الغالب . والثانى كالاتفاق على إرادة فرد معين من المطلق بعد أن كان دالا على فرد شائع ، والاتفاق على إرادة معنى آخر للمركب غير معناه الأصلى : فمثال المطلق : لفظ امرأة ، فى قول الموكل : وكلتك بتزويجى امرأة ، فإن اللغة تطلقها على الأنثى من بنى آدم ، والعرف قيدها بالحرة ، كما هو رأى أبى يوسف ومحمد : ومثال المركب ، قول الحالف : لا يضع قدمه فى دار فلان ، وقوله : علىّ المشى إلى بيت الله : فان العرف استعمل الأول فى المنع من دخول الدار على أى حال . واستعمل الثانى فى إيجاب أحد النسكين : الحج ، أو العمرة . ومن أمثلة المركب الأحكام المضافة إلى الأعيان ، نحو « حرمت عليكم أمهاتكم » ، « أحلت لكم بهيمة الأنعام » ، « ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، فإن المعنى الحقيقى بها لغةً تعلق الحكم بالأعيان الواردة فيها ، وقد استعملها العرف فى التكليف بالأفعال المقصودة منها بشهادة الاستقراء ، حتى كان متبادراً إلى الأفهام عرفا من هذه الأمثلة تحريم مسيس الأمهات ، وأكل بهيمة الأنعام ، وسفك الدماء ، وثلم الأعراض .

وطريق تكوين العرف القولى أن يتفقوا على هجران المعنى الأصلى ، وينقلوا اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثانى ، وهذا الاستعمال يعتبر وضعاً ، والمستعملون واضعون للفظ ، حتى إنهم إذا أطلقوه فى مخاطباتهم كان حقيقة عرفية ، لأنه لفظ مستعمل فيما وضع له فى عرف التخاطب . فرجع العرف القولى إلى هجران المعنى الأصلى للعام ، والمطلق ، والمركب ، ونقله إلى المعنى الجديد : وسببه الاستعمال . أما إذا لم تهجر الحقيقة ، وتكرر استعمال اللفظ فى غير مدلوله مجازا ، كالأسد فى الشجاع ، والغيث فى السخى ، فليس بعرف قولى ، بل هو مجاز مشهور فقط

قال فى شرح التحرير فى تعريف العرف القولى : وهو أن يتعارف عند قوم فى إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده اه . وقد عدلت عن هذا التعريف ، لأنه كما يرى غير جامع ؛ إذ لا يتناول العرف المقيد للمطلق ، والعرف فى المركبات وقد يجاب بأنه يشرح العرف المخصص للعام .

وقال القرافى فى الفروق ، وهو يتكلم عن التخصيص بالعرف : وذلك أن العرف القولى أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ، ولم يكن ذلك لغة اه . وهذا تعريف صحيح لا اعتراض عليه .

العرف العملى : هو ما جرى عليه العمل ، سواء أكان ذلك عاما ، كاستصناع الأوانى والخفاف ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة ، أو خاصا ببلد ، ككون رأس المال لأهل البوادى ، هو الأنعام : أو بملة ، كجعل العيد الأسبوعى للمسلمين يوم الجمعة الخ . وسبب هذا العرف هو التعامل .

التقسيم الثانى

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه الى : عام ، وخاص ، وشرعى .

فالعرف العام كما قال ابن عابدين : هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديما أو حديثا اه . وأل فى البلاد للعهد ، والمعهود البلاد الاسلامية ، إذ غيرها لا يبحث الاسلام عن أحكامه ولا يعول على عرفه . والمراد بقوله قديما : أى فى عصر الرسالة والاجتهاد ، وقوله حديثا أى فى عصر التقليد .

مثاله : تعارُفُ استعمال لفظ الطلاق فى إزالة الزوجية ، وتعارف أن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها ، وتعارف أن وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك ، والعرف فى إهداء طعام فى إناء أو عنب فى سلة أنه يرد الوعاء فى الأول دون الثانى . ولا يعين الواضع لهذا العرف فى الغالب .

العرف الخاص

هو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعا ، كتعامل أهل بلد أو حرفة أو دين ، كتعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس ، وكتعارف أهل بلخ

وخوارزم جواز دفع الغزل الى حائك لينسجه بثلثه ، وكتارف أهل القاهرة قديما دخول السلم المنفصل فى بيع الدور ، لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا باستعماله ، كما فى فتح القدير . ومن هذا الباب الاصطلاحات الفقهية ، كالحكم والصفة والفرض والواجب والشرط والسبب ، وكذا اصطلاحات سائر العلوم والصناعات . وواضع هذا العرف يمكن تعيينه .

العرف الشرعى

هو اللفظ الذى استعمله الشرع مريداً منه معنى خاصا : مثل المنقولات الشرعية ، كالصلاة : نقلت عن الدعاء الى العبادة المخصوصة ، والحج نقل من القصد الى زيارة الكعبة فى أشهر معلومة ، وكالوقف نقل من مطلق الحبس الى حبس العين والتصدق بالمنفعة . والناقل فى هذا القسم هو الشارع .

هذا والواقع أن العرف الشرعى من العرف الخاص ، إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به .

التقسيم الثالث

ينقسم باعتبار المعنى اللغوى الى مقرر له وقاض عليه . وقد استنبطت هذا التقسيم من كلام الفقهاء .

قال فى الهداية : « ولو حلف لايشترى بنفسجا ولا نية له ، فهو على دهنه ، اعتبارا للعرف ؛ ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج ، والشراء ينبنى عليه . وقيل فى عرفنا يقع على الورق . وإن حلف على الورد فاليمين على ورقه ، لأنه حقيقة فيه ، والعرف مقرر له ، وفى البنفسج قاض عليه » . قال فى فتح القدير عن البنفسج « وأما فى عرفنا فيجب أن لا ينعقد إلا على نفس النبات » اهـ

يرى من هذا النص أن المعنى اللغوى لكل من البنفسج والورد هو الورق ذو الرائحة ، والمعنى العرفى للبنفسج عند القدماء هو الدهن ، وللورد الورق

ذو الرائحة ، فلما طابق المعنى العرفى المعنى اللغوى فى الورد سموه عرفا مقرراً ، ولما تغير عنه فى البنفسج سموه قاضياً على اللفظ .

من هذا نستطيع أن نقسم العرف إلى مقرر للمعنى اللغوى ، وقاض عليه . فالمقرر ما طابق معناه المعنى اللغوى ، والقاضى ما غيّره بتخصيص أو تقييد أو إبطال

تقسيم العادة

وأصل الاصطلاح فى هذا التقسيم للشاطبى فى الموافقات

تقسم العادة إلى شرعية ، وغير شرعية . فالشرعية هى التى كلف بها الشرع أمراً أو نهياً ، أو أذن فيها فعلا وتركا ، كستر العورة فى الصلاة ، وإباحة بيع العرايا ، والقصاص فى القتل العمد العدوان ، وجعل الدية فى الخطأ على العاقلة ، وسلب العبد أهلية الشهادة . وحكمها أنها ثابتة لا تبديل فيها ما دامت السموات ؛ الحسن منها ما حسّنه الشرع ، والقبيح ما قبّحه ، وإن اختلفت فيها آراء الناس فاستحسنوا القبيح ، وقبحوا الحسن ؛ فلا يصح أن يقال : إن نظام الطلاق الآن لا يلائم ما وصل إليه المجتمع من الرقى ، وتأباه محاسن العادات ؛ وإن القصاص فى القتل العدوان وحشية تتنافى الآن وطبيعة الإنسان وما هو عليه من التمدين ، فيجب أن يحرّما . وهذا لأن العوائد الشرعية بعد النص عليها صارت من الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع ، فتبديلها بالاستحسان والاستقباح نسخ ، ولا نسخ بعد وفاته صلى الله عليه وسلم . ويأتى الكلام عن تعارض العرف مع النص (١) .

وغير الشرعية هى التى لم يتداولها الدليل الشرعى بإثبات أو نفى ، وتقسم إلى ثابتة ، ومتبدلة :

فالثابتة هى التى لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، كالانزجار ، ووجود شهوة الطعام والشراب والمسيس .

---

(١) أنظر الفرع الثانى فى العرف الطارئ على النص « المقال الخامس »

والمتبدلة هى التى تختلف بما تقدم . وأنواعها كثيرة : فنها ما يكون تبدله بسبب أمر طبيعى ، كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة ، حيث تختلف بسببها العادة فى إسراع البلوغ وإبطائه : ومدة الحيض وزمان معاودته : ومدة الحضانة : وسن الإياس : والمدة التى يحكم بعدها بموت المفقود ، على الأصح ، فى فهم ظاهر الرواية من مذهبنا ، وهو موت أقران المفقود فى بلده : قالوا : فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصراً بحسب الأقطار : ولذا لوحظ أن الصقالبة أطول أعماراً من الروم . والتقدير بالسن فى هذه الأشياء[1] ليس إلا اجتهاداً مبنياً على العادة الغالبة عند المجتهد . ومنها ما يكون تبدله فى الأقوال ، كاختلاف الألفاظ فى التعبير عن المقصود وفهمه منها ، بحسب الأمم ، كالعرب مع غيرهم ، أو بحسب الأقاليم والطوائف ، كأهل العلوم والصناعات ، أو فى الأفعال ، كالعادة فى البيع بالأجل ، وبيع الوفاء ، وقبض نصف الصداق قبل الدخول ؛ والعادة فى الصنائع ، كبناء الدور على أشكال متجانسة أو متفاوتة ؛ أو فى الأوصاف حسناً وقبحاً ، ككشف الرأس بالنسبة لذوى المروءات ، فإنه يقبح عند بعضهم ، ويحسن عند البعض .

وحكم العادات غير الشرعية أن الأحكام تبتنى عليها ، وتترتب على وفقها ثباتا واختلافا ، فما كان منها ثابتاً فالحكم المترتب عليه ثابت أبداً ، وما كان منها متبدلا فالحكم المبنى عليه يختلف بحسبه ، كتنزيل الأحكام على العادات القولية فى الأيمان والعقود والفسوخ صراحة وكناية ؛ وككشف الرأس يكون قادحا فى العدالة عند من يستقبحه ، غير قادح عند من يستحسنه .

---

(١) كالتقدير بسبع سنين فى حضانة الذكور ، وبتسع فى الاناث ، وخمس وخمسين فى سن الاياس ، وتسعين فى المفقود .

المقال الثانى

معنى اعتبار العرف ودليله

اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ، العرف ، وجعلوه أصلا يبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه . وسأورد فى هذا المقال إن شاء الله تعالى معنى اعتباره ، ودليله ، فأبدأ باستدلال المتقدمين ، وأتبعه بالنظر فيه ، وأتكلم عن معنى الاعتبار عند ذكر رأيى فى الاستدلال .

طريقة المتقدمين فى الاستدلال

دليل اعتبار العرف فى الشريعة عندهم : الكتاب والسنة . أما الكتاب فقال ابن عابدين فى نشر العرف : واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » اه . والظاهر والله أعلم أنه يعنى بهذا البعض شهاب الدين القرافى المالكى . فإنه قال فى الفروق [1] ، فى جواب قول الشافعى فيما إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت : إن القول لمن شهدت له البينة ما نصه : « لنا قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة » اه . وقد تابعه فى هذا علاء الدين الطرابلسى صاحب معين الحكام ، فقال : الباب الثامن والعشرون فى القضاء بالعرف والعادة ، قال الله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف ـ الآية » اه . أقول : وهذا الاستدلال مبنى على أن المراد بالعرف فى الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به : حيث أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر دل ذلك على اعتباره فى الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة .

---

(١) جـ ٣ ص ١٤٩ .

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » استدل به جلال الدين السيوطى الشافعى فى أشباهه ، وزين الدين ابن نجيم الحنفى فى أشباهه أيضاً ، وكثير من الفقهاء فى بعض الفروع التى استند فيها إلى العرف كوقف المنقول والاستصناع . وممن نسب هذا الحديث إلى النبى صلى الله عليه وسلم العينى فى شرح الهداية والفخر الرازى فى التفسير الكبير . المعنى : أن كل ما رآه المسلمون بعقولهم من العادات وغيرها مستحسناً فهو حسن عند الله يقبله ويعتد به . ووجه الأخذ لاعتبار العرف من الحديث أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه ؛ لأن الله لا يحكم بحسن الباطل ؛ فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيته واعتباره .

مناقشة الدليلين : العرف المستدل على اعتباره هو العادات المستقرة فى النفوس المعروفة من جهة العقل سواء عضده الشرع أولا كما تقدم ، والآية إنما تدل على اعتباره اذا كان العرف الوارد فيها مفسراً بهذا المعنى أو بما يستلزمه ، فعلينا أن ننظر فى المراد بالنص الكريم : ورد لفظ العرف فى القرآن ، وقد طلب الله من نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر بالمراد منه ، ثم هو مدخول لأل الاستغراقية المفيدة للعموم ؛ لهذا كله كان الظاهر ، والله أعلم ، أن المراد به كل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل ، أو لم يعرف إلا من الشرع : وبهذا المراد صرح صاحب لباب التأويل كما عند الألوسى ؛ قال : إن المراد : وأمر بكل ما أمرك الله تعالى به وعرفته بالوحى اه . وهناك أقوال فى المراد بالآية ترجع كلها إلى تخصيص هذا الظاهر ؛ فروى البخارى عن عبد الله بن الزبير فى قوله « خذ العفو وأمر بالعرف » قال : ما أنزل الله هذه الآية إلا فى أخلاق الناس . وروى ابن جرير الطبرى عن سفيان بن عيينة عن الشعبى أنه لما نزلت هذه الآية قال النبى صلى الله عليه وسلم : ما هذا يا جبريل ؟ فقال : « الله سبحانه وتعالى يأمرك أن تعفو عمن ظلمك ، وتعطى من حرمك ، وتصل من قطعك » . وروى ابن العربى والقرطبى عن عطاء : وأمر بالعرف : يعنى بلا إله إلا الله ، وقال الفخر الرازى : والعرف والعارفة والمعروف

هو كل أمر عرف أنه لابد من الإتيان به ، وأن وجوده خير من عدمه . قال : وللمفسرين طريق أخرى فى تفسير وأمر بالعرف ، أى بإظهار الدين الحق وتقرير دلائله اه . وقال الراغب : العرف المعروف من الاحسان اه . وأياما كان فالآية لا تدل على المدعى : لأنا إن حملناها على التخصيص بشيء مما ذكر فالمغايرة ظاهرة ، وكذا إن حملناها على المعنى الظاهر : لأن العادات التى تعامل بها الناس وعرفوها من جهة العقل ليست عين ما عرف أنه من الدين ، ولا يستلزمها ، فلا دلالة للآية على المطلوب .

وأما الحديث فقد طعن فى رفعه كما طعن فى دلالته على المطلوب . أما الأول فقال العلائى : لم أجده مرفوعا فى شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول ابن مسعود . وقال السخاوى فى المقاصد الحسنة : حديث ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، رواه أحمد فى كتاب السنن من حديث أبى وائل عن ابن مسعود ؛ قال : إن الله تعالى نظر فى قلوب العباد فاختار محمدا صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته ونظر فى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اهـ . وقال الزيلعى فى نصب الراية : الحديث غريب مرفوعا ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود . وأخرجه عن أحمد والبيهقى والحاكم والبزار والطبرانى . فتم بهذه النقول أن الحديث ليس مرفوعا وإنما هو بعض حديث موقوف على ابن مسعود . قد يقال : الحديث وإن كان موقوفا لكنه فى حكم المرفوع لأن ما تضمنه وهو حجية رأى المسلمين لا يدرك بالرأى . ولكنا نقول فى الجواب عنه : إنه على فرض أنه فى حكم المرفوع فإن دلالته على المطلوب لم تتم كما يأتى .

وأما الطعن فى الدلالة فبيانه أن المراد بالمسلمين فى الحديث المجتهدون لا المطلق الشامل للعوام ، بدليل كلمة ما رآه ؛ وذلك لأن رأى من الرأى ، والرأى فى عرف الصحابة كما قال ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات اهـ . وذلك كالاستنباط من طريق القياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع ، وهذا لا يكون إلا لمن سموا إلى مرتبة الاجتهاد . ثم إن « كلمة المسلمون » صيغة عموم

واللام فيها للاستغراق الذى هو المعنى الحقيق لها عند عدم قرينة العهد . فالمعنى : ما رآه جميع المسلمين . وحينئذ يكون الحديث واردا فى إجماع أهل الحل والعقد . ولا مرية فى أن ما رآه أهل الإجماع يكون عند الله حسنا وحقا وحجة : لأن الإجماع لا يكون إلا عن مستند . وبهذا صرح الأصوليون ؛ قال الآمدى فى الإحكام[1] : فإن قوله : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، إشارة الى إجماع المسلمين ، والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسنا أن يكون حسنا عند الله ، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا أن يكون حسنا عند الله وهو ممتنع . اهـ وقد ذكر فى الاعتصام[2] نحو هذا الكلام . ويجوز أن تكون اللام فى المسلمين للعهد والمعهود الأصحاب فى قول ابن مسعود : فاختار أصحابا : فيكون المراد من المسلمين الصحابة . ولا يجوز أن تكون اللام فيه للجنس لأن إرادته لا تصح إلا عند عدم إمكان الاستغراق والعهد ، وقد تبين مما قدمنا صحة إرادتهما ؛ ولأن هذا الاحتمال يؤدى إلى حجية رأى آحاد العوام من المسلمين . فمجمل القول أن الحديث إما وارد فى الإجماع أو فى الصحابة : وعلى كل لا ينهض دليلا على اعتبار العرف . نعم يمكن على جعل أل للاستغراق أن يكون دالا على نوع من أنواع العرف التى سيأتى تفصيلها ، وهو العرف الراجع إلى الإجماع . وبعد هذا لا يكون دليلا على تمام الدعوى ، فلا زالت مفتقرة إلى مثبت .

معنى اعتبار العرف وطريقتى فى الاستدلال

ظهر من مناقشة الاستدلال بالآية والحديث أنهما لم يتما دليلين على اعتبار العرف . وليس معنى هذا أنه غير معتبر ، لأن بطلان الدليل المعين لا يدل على بطلان المدلول : كيف والفقهاء قديما وحديثا ما زالوا يعتبرون العرف ويبنون عليه الكثير من الأحكام ؟ قال ابن عابدين :

والعرف فى الشرع له اعتبار ... لذا عليه الحكم قد يدار

وقال القرافى فى التنقيح : أما العرف فمشترك بين المذاهب : ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها اهـ . فلابد إذن من أن يكون صحيحا . ونحن بتوفيق الله

---

(١) جـ ٣ ص ١٣٨

(٢) جـ ٢ ص ١٣٠

سنأخذ أنفسنا بتبيين معنى اعتباره ، ثم بتبيين دعائمه التي يرتكز عليها . وليسهل علينا بحث ذلك يحسن أن نذكر الاستعمالات الفقهية للعرف ، ثم نتحدث عن كل استعمال على حدة . وهي بالاستقراء تنحصر فى أربعة :

الأول : العرف الذى يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهرا .

الثانى : العرف الذى يرجع إليه فى تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث .

الثالث : العرف الذى ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف .

الرابع : العرف القولى .

وسنفصل ذلك إن شاء الله فى أربعة فصول ، وهو من فضل الله وضع لم أسبق إليه .

الفصل الأول

العرف الذى يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهراً

أبتدىء هذا الفصل ، بتوفيق الله ، بحكاية نصوص الأصوليين والفقهاء التى اشتملت على أحكام استند فيها إلى العرف كدليل على مشروعيتها ، وصرح فى بعضها بأنه دليل :

ذكر أبو العباس القرافى المالكى فى « تنقيح الفصول » ص ١٩٨ : أن أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر ، وعدَّ منها العوائد .

قال فخر الدين الزيلعى[1] فى دليل شرعية المضاربة : « فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها ، فتركهم عليها ، وتعاملها الصحابة رضى الله عنهم » . وقال أيضاً فى تعليل قول الصاحبين والرواية عن أبى حنيفة بجواز بيع أراضى مكة ما نصه ، جـ ٦ ص ٢٩ : وقد تعارف الناس بيع أراضيها ، والدور التى فيها من غير نكير ، وهو من أقوى الحجج .

قال فى الذخيرة ، فى تعليل جواز الشرط فى البيع إذا كان متعارفا : « لأن

(١) جـ ٥ ص ٥٢ .

التعارف والتعامل حجة يترك به القياس ، ويخص به الأثر » . وقال فى المشرع : الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى .

وقال فى المبسوط ، من باب البيوع إذا كان فيها شرط[1] ما نصه : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد ، وفيه عرف ظاهر . فذلك جائز أيضاً ، كما لو اشترى نعلا وشراكا على أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولأن فى النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بيناً » . وقال أيضاً فى كتاب الوقف[2] عن وقف المنقول ما نصه : « ثم فى وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبى يوسف ومحمد ، ذكره فى السير الكبير . والجواب الصحيح فيه : أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات ، يجوز باعتبار العرف ، وذلك كثياب الجنازة » . ثم قال بعد سطرين : « وهذا الأصل معروف ، أن ما تعارفه الناس وليس فى عينه نص يبطله ؛ فهو جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » . وقال فى البحر[3] عن الاستصناع : والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لكونه بيع المعدوم ، وتركناه للتعامل .

فهذا شهاب الدين القرافى يعتد العوائد من أدلة مشروعية الأحكام . وصاحب الذخيرة يصف العرف بأنه حجة ، وأنه يقضى على القياس ، ويخصص الأثر . وهذا شمس الأئمة السرخسى يستدل على جواز الشرط فى البيع ووقف المنقول والاستصناع ، وكذا ابن نجيم ، بالعرف ، مع أن هذه الأحكام يمنعها النص أو القياس .

وهذه كلها بلا ريب شواهد على أن العرف يصلح دليلا على الأحكام ، بل يقضى على بعض الأدلة :

وقال فى الموطأ ج ٣ ص ٣٢٠ ، من باب بيع الخيار : عن مالك عن نافع

---

(١) ج ١٣ ص ١٤

(٢) ج ١٢ ص ٤٥ .

(٣) ج ٦ ص ١٨٥

عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » . قال مالك : وليس لهذا عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به فيه . فمالك رحمه الله لم يقل بخيار المجلس لعرف أهل المدينة على خلاف الحديث . وقد قال المالكية ، كما فى المدونة وغيرها بجبر الزوجة على إرضاع ولدها ، أخذاً من قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الزوجة من ذوات الأقدار والشرف . وعلله القرطبى فى التفسير بالعرف . ومذهب الشافعية أن الواجب الأصلى فى نفقة الزوجات هو الحب من غالب قوت البلد . ولكن قال فى المنهاج وشرحه [1] : ولو أكلت معه سقطت نفقتها ، فى الأصح ، لاكتفاء الزوجات به فى الأعصار والأمصار ، وجريان الناس عليه فيها . وقد أجاز عامة الفقهاء دخول الحمام من غير تعيين مدة المكث ، ومقدار الأجرة ، لجريان العادة بالتسامح فى مثلها .

فأنت ترى أن المالكية لم يقولوا بخيار المجلس ، لأنه ليس معمولا به عند أهل المدينة ، بل المعمول به غيره ، وترى أنهم لم يقولوا بإجبار ذوات الأقدار على الإرضاع بالعرف ، بل جعلوا عمل المدنيين والعرفَ مخصصين للحديث والآية ، وأن الشافعية قالوا بإسقاط النفقة لو أكلت الزوجة معه ، مع أن فيه معاوضة الخبز بالبر ، وهو ربا لجريان عمل الناس عليه .

وأنا أريد بهداية الله تعالى أن أبحث فى ضوء العلم الصحيح عما إذا كان يصح اعتبار العرف مقياساً للمصلحة ، وبعبارة أخرى هل يصح أن يكون دليلا على مشروعية الأحكام ؟

هل يمكن أن يكون العرف دليلا لأحكام تنتظم بها مصالح الفرد والمجموع ؟

العرف : هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل الذى يقلد الناس فيه بعضهم بعضا حتى يستقر فى نفوسهم وتقبله طباعهم . فمصدره هو العقل ، ومظهره هو العمل .

---

(١) المحلى ج ٤ ص ٧١ .

وبعد هذا نسأل : هل يمكن أن يكون العرف حجة لقواعد صالحة تنظم بها روابط الناس ، سواء نظرنا إلى مصدره أو الى مظهره ؟

نجيب عن هذا بالإجمال ثم بالتفصيل .

أما إجمالا فلا : لأنه لم تقم من الشرع حجة على اعتباره ، وهو لا يكون دليلا على الأحكام إلا باعتبار الشارع له .

وأما تفصيلا ، فنقول : إنما تنظم روابط الناس بالأحكام الجالبة لمصالحهم الدارئة للمفاسد عنهم .

ومن القضايا التى لا يختلف فيها مسلمان أنه لا حاكم إلا الله رب العالمين ؛ فليس العقل بحاكم ، وليس العرف منشئاً للأحكام . بقى هل يمكن أن يكون العقل أو العرف دليلا على تعلق الحكم الفقهى ؟

نجيب عن الأول بأن جماهير أهل السنة من الحنفية والأشاعرة مطبقون على أنه لا يمكن أن يكون العقل دليلا على تعلق حكم الله فى الفروع ، ولا يعرف به شىء منها ، وإن توسع الأشاعرة والبخاريون من الحنفية ، فقالوا لا يكون دليلا فى الأصول أيضاً : ولم يدع هذه المقالة فى بعض الفروع من المسلمين إلا فرقة المعتزلة : بنوا ذلك على أن العقل يستقل بإدراك الحسن والقبح فى الأفعال . ومعنى الحسن استحقاق مدحه تعالى فى الدنيا وثوابه فى الآخرة على الفعل لما فيه من إصلاح المجتمع والفرد . ومعنى القبح : استحقاق ذمه تعالى فى الدنيا وعقابه فى الآخرة على الفعل لما فيه من الإضرار بالمجتمع والفرد . فحاصل معنى إدراك الحسن والقبح أن هذا الفعل الحسن أو القبيح يستحق أن يحكم فيه الله بالإيجاب أو التحريم . قالوا : فإذا كان العقل يدرك استحقاق الحكم فى الفعل لزم ، إدراك أن يكون الله حاكما به ضرورة حكمته سبحانه .

ونحن نمنع لهم استقلال العقل بإدراك الحسن والقبح كما تقول الأشاعرة : لأن معنى إدراكهما فى الأفعال إدراك أحكام الله فيها كما تقدم ، وهذا لا يتم إلا إذا كان إدراك العقل مطابقا للواقع دائماً ، خيراً أو شرا ، مصلحة ومفسدة ، فلا يخطىء فى إدراك ولا يضل فى حكم . ولكن دون ذلك خرط القتاد : فالفرد أو الجماعة مهما سمت عقولهم ونضجت ملكة التشريع فيهم ، محدودة أفكارهم ، يتأثرون فى إدراكاتهم وأحكامهم بالزمان والمكان والبيئة الاجتماعية ، وتتحكم فى عقولهم الأغراض

والأهواء. فكثيرا ما تستهجن الجماعة فى غدها ما استحسنته فى يومها. ومن هنا نرى القوانين الوضعية كثيرا ما يطرأ عليها التعديل والإلغاء. وبهذا ثبت أن العقل لايدرك الحسن والقبح، وبالتالى يجهل الأحكام الفرعية: فإذا كان يجهلها لا يكون دليلا عليها: لأن مالا يعرف الشيء لا يُعرّفه.

سلّمنا أن العقل يستقل بإدراك الحسن والقبح كما تقول الحنفية فيما وضح حسنه كمكارم الأخلاق، وما تزايد قبحه كالقتل والزنا والسرقة، لكن لا يكون العقل دليلا على أن لله فيها أحكاما بالفعل: إذ لوتم ذلك لكان الإنسان مثابا إن أطاع ومعذبا إن عصى، ولو لم يشرع الله ديناً، ولم يبعث رسولا، ولما ثبتت للناس الحجة على الله لولم يرسل الرسل: ولكن التعذيب والثواب منفيان، والحجة ثابتة بشهادة القرآن: قال تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» وقال «لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل».

هذا شأن العقل الذى من جهته تكون أحكام العرف. أما العرف بالنظر إلى مظهره فلا يمكن كذلك أن يكون دليلا على الخير المحض، ولا على المصالح التى تبتنى عليها الأحكام، فقد تقدمت لنا اسبابه، ومنها يتبين أنه يتأثر إلى حد ما بالظروف، بل نرى بعض الأعراف والعادات، لا مصلحة فيه أصلا، وبعضها ضارا: وليس أدل على ما ندعى من الواقع: فكثير من الأعمال التى يتضح لنا الآن خطؤها وضوحاً جلياً، كان بعض الأمم يبرر عملها: ففكرة وَأد البنات لم تكن معيبة عند العرب فى الجاهلية ولا خطأ. وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً وهو كظيم، يتوارى من القوم من سوء ما بُشر به. أيمسكه على هُون أم يدسه فى التراب. فلما جاء الإسلام نهاهم عن هذه العادة وأبان خطأهم. وعند الرومان كان للأب الحق فى إماتة أولاده وإحيائهم. وكان العرب لا يرون غضاضة فى التزويج ببعض محارمهم، كامرأة الأب والجمع بين الأختين. وكانوا يعتزون بالعصبية الهوجاء ويعدونها من مفاخرهم. فلما جاء القرآن ونهاهم على سوء فعلهم وقبيح صنيعهم، كفوا عن عاداتهم، وادركوا مبلغ خطئهم. ومما ارتضاه بعض العربان عندنا طريقا لإثبات الجناية أنهم إذا اتهموا رجلا بسرقة، أتوه بطاسة محماة إلى درجة عظيمة يسمونها البشعة، فأدنوها من

لسانه ، فإذا احترق يثبت عليه الجناية ، مع أن هذا الطريق لم يرد به شرع ولا تدرك فيه مصلحة .

ومن عرف بعض القبائل التى لا تزال على حالتها الفطرية ، كأهل « برتو » بإفريقية أن أحداً لا يستحق أن يخطب فتاة حتى يأتى عند قدميها هامة إنسان ، فإن عجز عن ذلك عُدَّ فى حكم العرف نذلا مهيناً عند أبناء عشيرته ، غير كفء لخطبتها : هذا القيل الذى يعتده أولئك المتوحشون نبالة وإقداما ، يوجب القصاص عند أهل الشرائع السماوية والوضعية .

وانظر عوائد المصريين القديمة ، من إيداعهم على الميت فى جدثه ما عز لديهم من فرش وحلىّ وأوان وأطعمة ، زعماً منهم أنه يحيا فى قبره فينتفع ويتمتع كالأحياء . وانظر كيف استباح لهم عرفهم أن يقدموا للنيل عند الفيضان كل عام فتاة ذات جمال بارع شكراً له على نعمة الخصب ، وغير ذلك من العادات الغريبة التى جاء الإسلام باستهجانها .

فتم بهذا أن العرف مطلقاً لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير ، كما لا يمكن أن يتخذه الفقيه دليلا على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه ، كما سيأتى ذكر ذلك إن شاء الله .

رد العرف إلى الأدلة الشرعية الصحيحة

وبعد هذا البحث يرد أن يقال : إذا كان الأمر كما وصفت ، فكيف ذكر القرافى العوائد من أدلة الشرع ، وكيف استند هؤلاء الفقهاء على إمامتهم وجلالتهم فى الفقه إلى العرف فى هذه النصوص كدليل على شرع الأحكام التى اشتملت عليها وحكموا له بأنه حجة ومخصص للأدلة ؟

وللجواب عن هذا نقول : إن المراد من جعل العوائد دليلا فى كلام القرافى أنها طريق للقاضى إلى الفصل فى الدعاوى : ولذلك قال فى تفصيل الكلام عليها : « فهذه يقضى بها عندنا ، لما تقدم فى الاستصحاب » اهـ . وإن العرف فى هذه النصوص ليس دليلا على الحقيقة ، وإنما هو دليل ظاهر فقط ، وبإنعام النظر يرى على الدوام مردوداً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة : فالتعامل الذى

لهم عليها لا فى عملهم . والتعامل الذى جعل دليلا على جواز بيع أراضى مكة ، وجواز الشرط الذى لا يقتضيه العقد فى البيع، وجواز وقف المنقول والاستصناع ، وجواز دخول الحمام ، والاكتفاء فى النفقة بأكل الزوجات عند الشافعية ـ مردود كل ذلك إلى الإجماع العملى من المجتهدين . وبهذا الرد صرح ابن الهمام فى الاستصناع . قال فى الفتح : ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير . وعلماء الأصول الحنفية لما حصروا أدلة الأحكام فى الأربعة : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، أورد عليهم التعامل وأدلة أخرى ، وأجابوا جميعا بأنه مردود إلى الإجماع .

والاستدلال من مالك بعمل المدنيين ، راجع إلى الاستدلال بإجماع المدينة . والعرف الذى استدل به على استثناء ذوات الأقدار من حكم الإجبار على الإرضاع مردود إلى المصلحة المرسلة . وبهذا صرح ابن العربى فى أحكام القرآن : قال عند تفسير قوله تعالى « والوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين » : « ولمالك أيضا فى الشريفة رأى خصص به الآية ، فقال : إنها لا ترضع إذا كانت شريفة ، وهذا من المصلحة التى مهدناها فى أصول الفقه . ا هـ وهكذا يرد العرف إلى الأصول الشرعية . وقد أشار إلى بعض هذه المسالك فى الرد جمع الجوامع والكاتبون عليه[1] ؛ فقد عرف ابن السبكى الاستحسان المختلف فيه بأنه : ترك الدليل بالعادة . ثم رد بأن العادة إذا ثبتت فى عهده صلى الله عليه وسلم أو بعده بلا نكير ، فقد ثبتت بالسنة أو بالاجماع ، وإلا فهى مردودة قطعا . ومنع العطار هذا بقوله : وفيه أن من القواعد : الضرورات تبيح المحظورات . وإذا ضاق الأمر اتسع . ا هـ وهى إشارة منه إلى رد العرف للمصلحة الضرورية أو الحاجية .

مسلك آخر

فى رد العرف الى دلالة الإجماع

ويَرِد كذلك أن يقال: إن الأعراف التى رددتموها إلى الاجماع العملى فى الشرط والاستصناع ووقف المنقول ، وغير ذلك ، إنما يصح ردها إليه إذا وقعت فى عهد

---

(١) جـ ٢ صـ ٣٦٠ حاشية العطار .

الصحابة أو غيرهم من أهل الاجتهاد : أما التعامل الواقع فى عصر التقليد فلا يتأتى رده إلى الاجماع لأنه اتفاق المجتهدين، وليس إذ ذاك اجتهاد ، مع أنكم علقتم جواز هذه التصرفات وكثير غيرها فى جميع الأحوال والعصور قديما وحديثا ، بجريان التعامل ، واستدللتم على ذلك به : فقلتم فى الشرط فى البيع مثلا كما فى البدائع : «وكذلك إن كان ـ أى الشرط ـ مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز ا هـ .

وقال أيضا فى شروط الاستصناع : « ومنها أن يكون مما يجرى به التعامل بين الناس ، من أوانى الحديد والرصاص والنحاس » ا هـ .

وقالوا فى وقف المنقول :أجازه محمد إذا كان للناس فيه تعامل .

وعلى الجملة من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد بالعرف ما هو أعم مما فى عصر الاجتهاد . فإلى أى دليل يردّ أمثال هذا التعامل بعد أن لم يمكن رده إلى السنة لأنه لم يجر فى عصر الرسالة ،ولا إلى الاجماع لأنه لم يجر فى عهد الاجتهاد ؟

والجواب : أنا لا نقطع بخلو العصر عن المجتهدين وعدم وجود الإجماع ، لاسيما على القول الصحيح بتجزىء الاجتهاد وجوازه ولو فى مسألة واحدة ، إذ يبعد عدم القدرة على الاجتهاد فى المسألة التى يجرى بها العرف مع وجود العلماء الأعلام البالغين إلى رتبة الاجتهاد فى المذهب ، ومثلهم كما فى شرح التحرير [1] قادر على الاجتها المتجزىء . ولو فرضنا انقطاع المجتهدين أمكن رده إلى مدرك من مدارك الشرع ، وهو دلالة الاجماع . بيان ذلك أن ماقالوا فيه : يجوز إن جرى به التعامل كالإجارة والاستصناع ودخول الحمام ، معلل بالحاجة ورفع الحرج عن الناس غالبا . قال الزيلعى فى الإجارة : والقياس أن لا تجوز لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد إلا أنها أجيزت للضرورة لشدة الحاجة إليها . وقال فى الأشباه : الحاجة تنزل منزلة الضروة ، عامة كانت أو خاصة ؛ لهذا جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة ... إلى أن قال : ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع جهالة مقدار مكثه فيه وما يستعمله من مائه ، وشربة السقاء ا هـ .

---

(١) جـ ٣ ص ٣٤٦ .

ثم إن تعامل الناس أمارة دالة على وجود هذه العلة ، أى الحاجة : لأن تداولهم أمراً بحيث يصل إلى حد الاعتياد مع قبول الطباع له ، دليل على احتياجهم إليه وإلا كان عبثا . يؤيد هذا ما قاله علاء الدين الكاسانى فى إجارة البدائع [1] : « ومن شروط الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجرى بها التعامل بين الناس ، لأنه عقد شرع بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس » ا هـ . فإذا تعاملوا استصناع الثياب ، كان ذلك أمارة دالة على حاجتهم الى استصناعها ، على غرار ما قالوا فى العلة الظاهرة بالنسبة الى العلة الحقيقية كالسفر والمشقة .

وبعد هذا التمهيد ، نقول : يمكن إلحاق ماحدث التعامل فيه بما كان موجودا بدلالة الإجماع . بيانه أن المقدمين إذا أجمعوا على استصناع الأوانى مثلا بطريق التعامل ، كان إجماعا على ما كان موجودا فى الصدر الأول بعينه ، وكان معللا بالحاجة ، وكان التعامل أمارة وجودها : فإذا تعاملوا فى العصور المتأخرة استصناع شيء آخر كالثياب ، كان ذلك أمارة على وجود الحاجة إليها أيضا ، أى على وجود علة الإجماع المتقدمة . فيلحق ما وجد بما أجمع عليه فى حكم الجواز بدلالة الاجماع لثبوت التساوى فى العلة وعدم الحاجة فى فهمها إلى الاجتهاد .

واعتبار دلالة الإجماع دليلا على ثبوت الحكم ، وإن لم يصرح به الأصوليون ، ولا ذكروا من الدلالات ما يسمى بذلك فيما رأيت ، قد استدل به فقهاؤنا الحنفيون على أحكام كثيرة ؛ منها أنهم أجمعوا على أنه يعفى من النجاسة عما لم يدركه الطرْف كوقع الذباب . وقد استدل ابن الهمام بدلالة هذا الإجماع على العفو عن قدر الدرهم من النجاسة المغلظة . كذا فى فتح القدير [2] : لأن علة ما أجمع عليه ليست إلا اليسر ورفع الحرج ، وهى موجودة فيما استدل عليه ، وهى علة مفهومة ، ولو لم تكن أهلية الاجتهاد . وكذا استدلوا على جواز بيع الثمار التى لم يبد صلاحها ، ولا ينتفع بها ولو لعلف الدواب ، بدلالة الاتفاق على بيع المُهْر والأطفال : لأن علة الاتفاق أنه مال منتفع به فى المآل . كذا

---

(١) جـ ٤ ص ١٩٢ .

(٢) جـ ١ ص ١٤٠ .

فى حاشية ابن عابدين على البحر [1] . واستدلوا على اعتبار تصرفات السكران بدلالة الاجماع على اعتبار قذفه [2] .

وإنما لم أرجع هذا النوع إلى القياس : لأنه من خصائص المجتهدين ، والمفروض أنه لا اجتهاد . على أن بعض الأحكام كوقف المنقول والإجارة والاستصناع لا يتأتى فيه القياس لوروده على خلافه .

رد العرف

إلى قاعدة ثابتة بالتعليل أو المصلحة المرسلة

وبعد ، فقد كثر فى كلام الفقهاء : كشمس الأئمة السرخسى ، وصاحب الهداية ، والحلوانى ، وأبى بكر بن الفضل - أن يقولوا عند الاستدلال بالعرف : « وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم » . فهل لنا أن نستنبط من هذه العبارة مسلكا آخر لرد العرف إلى أصل من الأصول المعتبرة لعلهم أرادوه وأشاروا إليه بهذه العبارة ؟

ذكر علماء الأصول الحنفيون فى باب القياس ، أن أئمتنا لم يعتبروا من الأوصاف المناسبة إلا المؤثر ، وعرّفوه بأنه : الوصف المناسب الذى ثبت بالنص أو الإجماع اعتبارُ عينه أو جنسه فى عين الحكم أو جنسه . وذكروا من أنواعه اعتبار جنس العلة فى جنس الحكم ، كاعتبار الشارع المشقة فى التخفيف . أما أن المشقة جنس العلة ، فلأنها شاملة لمشقة السفر ومشقة المرض والإكراه وغيرها ؛ وأما أن التخفيف جنس الحكم ، فلأنه شامل للتخفيف بقصر الصلاة للمسافر ، والصلاة بالحالة المستطاعة للمريض ، والنطق بكلمة الكفر للمكره . والمشهور عندهم أن التعليل بهذا النوع إذا لم يصاحبه تأثير العلة فى عين الحكم ، ليس بطريق القياس ، وإنما هو بطريق التعليل المبتدأ ، فيقولون مثلا : قصرت الصلاة للمشقة ،

---

(۱) جـ ٥ ص ٣٢٤ .

(۲) وحكى ابن الهمام فى الفتح استدلال الشافعية بها على سلب ولاية التزويج عن غير الأب والجد ، وذلك بدلالة الاجماع على سلب ولاية المال عن غيرهما .

ويكتفون بذلك ، لا أنهم يقيسون على أصل آخر : وذلك لأن هذا النوع من قسم المرسل على اصطلاح الشافعية ، والتعليل بالمرسل تعليل بمصالح خاصة اعتبرت للشارع ابتداء فى الحكم الذى يراد إثباته .

وقد استنبط الفقهاء تأثير المشقة فى التخفيف من النصوص والأحكام الواردة فى الكتاب والسنة المفيدة للترخص والتخفيف عند الحرج ؛ قال تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » ، « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « يريد الله أن يخفف عنكم » ، « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم » .

وروى أنه صلى الله عليه وسلم « ما خُيّر بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما » . وقال أيضا : « بعثت بالحنيفية السمحة » أى الخالصة من مشاق التكاليف .

وشرع سبحانه عند مشقة السفر الطويل الترخص بقصر الصلاة ، والفطر فى رمضان ، وسقوط الجمع والأعياد والأضاحى ؛ وعند مشقة المرض الزائدة رخصة التيمم ، وسقوط الجمع والجماعات والاستنابة فى الحج ، وإباحة النظر إلى العورة للطبيب .

وشرع عند مشقة الجهل والإكراه والنسيان أحكاما كثيرة ، كعذر من أسلم فى دار الحرب وترك الشرائع جهلا بها ، والترخص فى إجراء كلمة الكفر للمكره ، والحكم ببقاء صوم من أكل ناسيا . وقالوا : شرع السلم والاستصناع والإجارة دفعا للحاجة ؛ وخيار الشرط لرفع ندم أحد العاقدين ، إذ قد لا يوافقه العقد ؛ إلى غير ذلك من الأحكام التى شرعت رعاية للمصالح الحاجية ، وتيسيرا على أرباب المشاق والحرج .

وقد أخذ الحنفية من هذا الدليل الذى خلاصته تأثير علة المشقة فى حكم التخفيف ، قولهم : المشقة تجلب التيسير ؛ واستنبطوا أحكاما كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى ، كقولهم بطهارة طين الشارع وإن غلبت عليه النجاسة ، وعدم تنجس الآبار بفضلات العصافير والحمام ؛ وشاع بين الفقهاء قولهم : إذا ضاق الأمر اتسع . قالوا : والمراد بالمشقة التى تجلب التيسير ، هى الزائدة التى تضيق بها الصدور ، وينفك عنها التكليف غالبا ، وتؤثر على المرء فى جسمه أو ماله ؛ بخلاف المشقة المعتادة التى لا تنفك عنها التكاليف غالبا ، كالسفر فى الحج

والجهاد ، والصوم فى اليوم الطويل القائظ ، وألم الحد والقصاص ؛ لأنه ليس شىء فى الحياة يخلو عن مشقة حتى الطعام والشراب ؛ ومدار التكليف على إلزام ما فيه كلفة . وبخلاف المشقة الخفيفة كوجع هيّن بالاصبع ، وانحراف فى المزاج ، فإنه لا يتعلق به ترخيص ولا تيسير . وكذلك محل الترخيص بالمشقة ما لم يترتب على مصلحة التخفيف مفسدة أعظم ، كاعتياد تعاطى ما يضر بالبدن .

وبعد هذا التمهيد أقول : إن فقهاء الحنفية وضعوا قاعدة رعاية العرف استنادا الى هذا الدليل : فقد بينت فى المقال الأول [1] قوة العرف وما له من سيطرة عظيمة على النفوس ، ومبلغ العسر الذى يحيط بالناس إذا حيل بينهم وبين ما اعتادوا مما يستدعى التيسير على الناس بمراعاة عرفهم ، مالم يخالف نصا من نصوص الشريعة ، إلا إذا وصل الى أغلبية عسر الانفكاك عنه بحيث يقرب من الضرورة على حد رشاش بول الانسان الذى يشبه رءوس الإبر ، حيث تركت له نصوص النجاسة [2] ، وما لم يترتب عليه مفسدة أعظم من مصلحة التخفيف . ومن البيّن فى نظر المتتبع لأغراض الحنيفية السمحة أن تغيير ما اعتاده عامة أهل العصر فى عامة بلاد الاسلام لا حرج فوقه ، ولا شك أنه فوق الحرج الذى عفى لأجله عن بعض النجاسات وغير ذلك مما تقدم .

إذا تبين هذا علمنا أن قول الفقهاء : يجوز كذا للعرف ، ليس استدلالا به ، وإنما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعى ؛ وأن قول الفقهاء : وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم ، إشارة الى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر الذى تقدم بيانه ، وحاصله يرجع الى التعليل بالمشقة لحكم التيسير . وهو كذلك يصلح إشارة الى التعليل بالمصلحة المرسلة عند المالكية ، لأنه راجع الى تأثير جنس الوصف فى جنس الحكم ، ولم يشهد له أصل معين ، بل فيه حفظ مقصود من مقاصد الشارع ، وهو التخفيف ورفع الحرج ، لا سيما وأن مالكا لا يشترط فى المصلحة أن تكون ضرورية كالغزالى ، بل يقبلها ولو كانت حاجية أو كمالية . وقد رأيناه يعتبر عادة ذوات الأحساب والثروة فى عدم الإجبار على الإرضاع ، وتفريغ أنفسهن للمتعة ، وهى مصلحة كمالية صرفة .

(١) انظر ص بحث سلطان العرف . (٢) انظر صفحة

الاستدلال بالعرف
بناء على هذا المسلك لا يتوقف على الاجتهاد

قدمت أن استناد الفقهاء للعرف ، تأويله استخراج الحكم من قاعدة عامة ، أثبتها المجتهدون بالدليل الصحيح . وأقول هنا إن هذا الاستخراج لا يتوقف على الاجتهاد ، بل يأتي من كل قاض ، وكل مفت ، متى توفرت لهما أهلية التخريج .

رد العرف الى أصل المنافع والمضار

هذا وقد صحح الأصوليون مدركا عاما يُعمل به فى الأفعال حيث لا دليل ، وهو أن الأصل فى المنافع الإباحة لقوله تعالى فى مقام الامتنان « خلق لكم ما فى الأرض جميعا » ، وفى المضار التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن ماجه وغيره « لا ضرر ولا ضرار » . فيمكن العمل بهذا المدرك فى أكثر الأعراف الجارية فى المعاملات ، والعادات الاجتماعية ، والتقاليد السياسية التى تجلبها حضارة جديدة ، أو يتوارثها جيل عن جيل من غير أن يؤيدها أو ينفيها دليل خاص ، فما تعارف الناس فعله مما فيه صلاح رددنا العرف فيه إلى أصل الاباحة ، وما تعارفوا تركه مما فيه ضرر رددنا عرفه الى أصل الحظر[1] . وقد مر بنا أنواع أخرى من الرد فى ثنايا الموضوع .

معنى اعتبار هذا النوع من العرف ودليله

إذا أنسنا مما مضى ، نعلم أن معنى اعتبار هذا العرف يختلف بحسب الأصل الذى يرجع اليه : فإن رجع الى السنة أو الاجماع أو المصلحة أو أصل الإباحة . كان معنى اعتباره أنه دليل على الحكم ظاهراً ، والدليل فى الحقيقة هو ما رجع اليه ؛ وإن رددناه الى الدلالة فمعنى اعتباره أنه أمارة على العلة التى تلحق المتعارف بالمجمع عليه أو المنصوص بالدلالة . وأما على إثباته بالتعليل فمعنى اعتباره أنه قاعدة فقهية ثابتة بالدليل تستخرج منها أحكام الأعراف المختلفة على مر الزمان واختلاف المكان .

---

(١) انظر التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٥٥٨ وتيسير التحرير ج ٣ ص ٣١٧ وأشباه ابن نجيم ص ٣٠ والعطار على جمع الجوامع ص ٣٥٩

ثم إن الأئمة متفقون على اعتباره إذا رجع الى أصل متفق عليه ، وإلا فهم مختلفون فيه اختلافهم فى أصله ، كالعرف الراجع الى المصلحة المرسلة ، وإجماع أهل المدينة ؛ وبما أنه ليس دليلا بذاته بل راجع على الدوام الى أدلة أخرى ، فدليل اعتباره هو دليل اعتبار هذه الأدلة . وذلك مسطور فى موضعه من كتب أصول الفقه .

بيان بعض الأدلة التى رجع إليها العرف

وبعد بحث ما تقدم يجدر بى أن أورد كلمة عن بعض الأصول التى رجع إليها العرف لتتبين حقائقها ، وتقدم الكلام عن التعليل بلا قياس وكيف رجع العرف إليه.

أما السنة فالمراد بها السنة التقريرية ، وهى سكوته صلى الله عليه وسلم عند علمه بأمر ليس معتقداً لكافر ، حيث يدل على الجواز . والعرف الذى كان غالبا فى عهده صلى الله عليه وسلم ولم ينكره ، من هذا القبيل ، وإن لم يصل إلى علمنا أنه رآه أو سمع به ؛ لأنه لما كان شائعا منتشرا فالظاهر اطلاعه عليه ؛ ولا فرق فى هذا العرف بين أن يكون فعلا : كالمعيار فى أموال الربا ، ولبس الثياب التى نسجها الكفار ، وإنفاق ما ضربوه من الدراهم وإن كان عليها نقوشهم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفاءه لم يضربوا درهما ولا دينارا ؛ وكأنواع التجارات والصنائع التى كانت موجودة فى عهده صلى الله عليه وسلم ولم ينص عليها إذا خلصت من الغش ، وأكل المال بالباطل كالمضاربة ؛ وبين أن يكون تركا مع قيام سبب الفعل ، كتقريره لهم على ترك غسل الزروع التى تداس بالبقر وأكلها من غير أمرهم بغسلها ، وقد علم صلى الله عليه وسلم أنها لابد أن تبول وقت الدياس .

وهذا العرف السنى يُروَى غالبا بصيغة : كنا نفعل كذا فى عهده صلى الله عليه وسلم ، ونحوها : كقول جابر رضى الله عنه : كنا نعزل والقرآن ينزل .

وأما الإجماع العملى فإنه داخل فى الإجماع الذى هو أحد أدلة الفقه ، لأنه اتفاق المجتهدين ، وإتفاق المجتهدين هو اشتراكهم فى القول أو الفعل أو الاعتقاد . كذا قال القرافى فى التنقيح .

ثم هذا الإجماع هل هو بمعنى فعل الكل فيكون حجة قطعا باتفاق أهل الحق إلا من لا يعتد بمخالفتهم كشرذمة من الشيعة والخوارج، أو هو إجماع بمعنى فعل البعض وعدم إنكار الباقين ؟ كلٌّ جائز فى نظر العقل : ولكن يفهم من كلام الجلال المحلى وغيره أنه بمعنى فعل البعض من غير إنكار عليهم . والظاهر أن مستندهم فى هذا ، الاستقراء : لأن الفقهاء استمروا فى الغالب على حكاية هذه الإجماعات بصيغة فعل من غير نكير .

وعليه فيكون إجماعا سكوتيا . أما أنه إجماع ، فلأنه اتفاق المجتهدين الحاصل من البعض بالفعل ومن الباقين بالتقرير ؛ وأما أنه سكوتى ، فلأن موافقة من لم يأت بالعمل لمن فعله إنما فهمت بالسكوت وعدم الإنكار .

لكن لكى يكون التقرير وعدم النكير معتبرا ، ينبغى أن يكون الفاعلون لهذا الأمر المعتاد كثيرين ، ليحصل بهذه الكثرة العلم للمقرين بالأمر الذى يسكتون عن إنكاره . فلو كان الفاعلون قليلا ، لا يعتبر عدم الإنكار، لأنه سكوت مع الجهل غالبا ، فلا يكون دالا على الرضاء ؛ اللهم إلا إذا وثقنا بطريق من الطرق من علم المقرين مع فعل القليل .

وينبغى كذلك أن تتوفر فى المقرين صفة الاجتهاد حتى تحصل بتقريرهم الحجة على مشروعية الحكم : إذ التقرير من العوام لا وزن له : لأن الإجماع اتفاق المجتهدين . وبقية شروط اعتبار هذا الإجماع مذكورة فى بحث الإجماع السكوتى من علم الأصول .

وحيث قالوا إنه إجماع سكوتى ، فقد قال أكثر الحنفية فيه : إنه حجة قطعية . وقال أبو الحسن الكرخى والآمدى : إنه حجة ظنية . وقال الشافعى وعيسى بن أبان الحنفى : ليس بحجة .

وبعد ، فإنى ألاحظ هنا أن الإجماع الذى رُد إليه العرف ، ليس مما حصل السكوت فيه مرة أو مرتين عند الفتوى أو القضاء أو الفعل فى أمر عادى حتى تكون حجته موردا للنفى والإثبات بين الأئمة ؛ بل هو مما كثر السكوت فيه وتكرر ، لأنه مما تشتد الحاجة إليه ، كما يحس بذلك من تتبع موارده فى أدلة الفقه : ولذلك سموه تعاملا وعادة ، فهو لا محالة يفيد علما بالرضا عن الأمر المسكوت

عليه : لأن العادة تحيل السكوت فى كل مرة من غير رضا به . وبعد هذا لا يليق أن يجعل مثارا للخلاف ، بل يجب أن يتفق الكل على أنه دليل بمنزلة القاطع، إن لم نقل إنه يفيد علما قطعيا .

ومهما قيل فى الإجماع من عسر انعقاده بعد تفرق الصحابة إلى الأمصار فى عهد عثمان لاختلاف المجتهدين فى المذاهب الدينية والنحل السياسية، فيجب أن يستثنى الإجماع الذى هو أساس العرف : لأنه وليد الحاجة ونتيجة المصلحة الملحة . فالمجتهدون إن صح أن يختلفوا لسبب ما ، فالغالب أن يكون بينهم وفاق فى إقرار ما تستدعيه حاجات الناس ؛ ولذا نرى أن كثيرا من الأعراف التى احتج بها ترجع إلى الإجماع العملى [1] .

أما عرف المدينة فهو راجع إلى الإجماع العملى لدار الهجرة الذى وجدهم عليه الإمام مالك [2] .

ومستند هذا الإجماع إما السنة القولية والفعلية والتقريرية : كمقدار الصاع والمُد ، وتثنية الأذان وإقرار الإقامة . وعرف المدينة فى هذه الحالة يكون عند المالكية بمثابة الرواية المتواترة ؛ لأن مثل هذا الجمع يقع العلم بخبرهم ، ولذا يتركون له أخبار الآحاد .

وأما الاجتهاد كإسقاط خيار المجلس فى البيع ومطالبة المرأة بمؤخر الصداق متى شاءت ، فقد كانت المدينة حاضرة الخلافة الى زمن على كرم الله وجهه فى الجنة ، وكانت مجمع الصحابة الى زمن عثمان رضى الله عنه ، وكان يفتى فيها الفقهاء السبعة ، ونافع مولى ابن عمر ، والزهرى ، وربيعة الرأى ، وكل هؤلاء كانوا يجتهدون فيما لم يصح عندهم فيه نص ، وكانوا يختلفون فى الرأى كما قال الليث بن سعد فى رسالته الى مالك : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اختلفوا بعد فى الفتيا فى أشياء كثيرة ، ولولا أنى قد عرفت أن قد علمتها كتبت بها إليك :

---

(١) انظر فى هذا الموضوع تيسير التحرير ج٣ ص٢٢٨ وإعلام الموقعين ج٢ ص٤٢٩، وما بعدها، وحاشية العطار على جمع الجوامع ج٢ص٦٢ وفواتح الرحموت ج٢ص٢١٣، ٢٣٢ ، والفكر السامى فى بحث الاجماع .

(٢) والقول بحجيته هو مذهبه فقط .

ثم اختلف التابعون فى أشياء بعد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : سعيد ابن المسيب ونظراؤه أشد الاختلاف : ثم اختلف الذين كانوا بعدهم لحضرتهم بالمدينة وغيرها ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعة بن عبد الرحمن ا ه . وبالرغم من هذا الاختلاف أمكن أن يكون فى المدينة عرف فى الأمور الاجتهادية؛ لأن الآراء مهما اختلفت فإن أحدها يترجح ويصبح قانونا رسميا فى المدينة يطرد العمل به ويصير عرفا يتوارثه جيل عن جيل . ويظهر أن العمل لم يكن بحسب رأى الأمراء والمحتسبين كما يزعم البعض [(1)] : بل ما كانوا ينفذون رأيا من الآراء التى غدت عرفا فيما بعد إلا بعد تصويبه من المجتهدين الذين كانت لهم عليهم السيطرة التشريعية. ذكر مالك فى الموطأ عن يحى بن سعيد قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : إن يزيد بن عبد الملك بن مروان أمير المدينة فرق بين رجال وبين نسائهم ، وكن أمهات أولادِ رجال هلكوا ، فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضين ففرق بينهم حتى يعتددن أربعة أشهر وعشرا : فقال القاسم بن محمد : سبحان الله ! يقول الله فى كتابه « والذين يُتوفون منكم ويذرون أزواجا » ما هن من الأزواج ا ه . وكان من رأى القاسم أن عدتهن حيضة واحدة . قال مالك : وهو الأمر عندنا .

ولما لم يكن العرف الذى مادته الاجتهاد مقطوعا بصوابه ، لم يتفق المالكية على اعتباره : بل رأى بعضهم كالطيالسى وأبى بكر الأبهرى أنه ليس بحجة . ثم إن الأحكام الاجتهادية التى هى بعض ما كوّن عرف المدينة ليست كلها ثابتة ، بل منها ما كان مبنيا على عادات أهل المدينة : كالحكم بأن القول للزوج فيما إذا اختلف الزوجان فى المهر بعد الدخول . قال القاضى اسماعيل المالكى كما فى التبصرة : « هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع الصداق واليوم عادة المدينة خلاف ذلك » [(2)] .

---

(1) انظر اعلام الموقعين ، والأحكام لابن حزم

(2) إعلام الموقعين حـ ٢ ص ٢٩٤ وما بعدها ، والأحكام لابن حزم فى عمل أهل المدينة ، وموطأ مالك حـ ٢ ص ٢٢٥ والتبصرة حـ ٢ ص ٥٨ .

الفصل الثانى

العرف الذى يرجع إليه فى تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث

شرحُ ذلك أنه قد توجد أحكام تختلف بحسب عادات الناس وأحوالهم، وتتبدل بتبدل ظروفهم ومصالحهم. فالشارع إن هو حكم فيها بحكم واحد تفصيلى، يصاب الناس بكثير من العنت والجهد، ويخرج بهم عن مقصد الإسلام الذى بنى على مصالح العباد «وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين». وإن هو شرع لها أحكاما كثيرة كَثْرة هذه المصالح المتبدلة والأحوال المتغيرة، كثرت التكاليف على الناس وضاقوا ذرعا بضبطها وحذقها، وكان ذلك انتقاصا على الشريعة التى وضعت على أساس متين هو قلة التكاليف. لهذا كله كان من حكمة الحكيم العليم أن يشرع للناس أحكاما مطلقة عن البيان والتفصيل يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال، ويكل الى الراسخين فى علم الفقه وذوى الملكات الناضجة فى فن القضاء وتنزيل الأحكام على الحوادث تفصيلَ هذه الأحكام كما يقضى به العرف وتبتغيه المصلحة. وهذا باب عظيم من أبواب العرف يبنى عليه شطر كبير من الأحكام، ولا يكاد ينكره فقيه؛ وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالتها، وأنها صالحة لكل زمان ومكان.

ونحن نستعرض من فقه المذاهب، إن شاء الله، أمثلة توضح هذا النوع وتدل على وجوده.

فمن هذا أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من رأى منكم منكراً فليغيّره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه» الحديث. استنبط الفقهاء من هذا الحديث وغيره من الدلائل وجوب التعزير بارتكاب جناية على حق الله أو حق العبد ليس فيها حد مقدر. فالشارع أوجب تغيير المنكر الذى هو عقوبة التعزير، ولم يبين تفاصيل الأفعال التى تكون بها هذه العقوبة، بل كل ما فهمه الفقهاء أنها كل ما يحصل به التأديب وزجر المجرم عن جريمته ما لم يبلغ حداً من حدود الله؛ ولا ريب أن ذلك يختلف بحسب أحوال الناس وعاداتهم، على اختلاف الأجيال والأصقاع.

نقل فى تبصرة ابن فرحون عن القرافى أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار؛ فرب تعزير فى بلد يكون إكراماً فى بلد آخر، كقطع الطيلسان: ليس

تعزيراً فى الشام، فإنه إكرام، وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هواناً، وبمصر والعراق هوان. اهـ فإذا كان الحال على ما وصفوا من الاختلاف البين، فالعرف عظيم الأثر فى تعيين ما هو عقوبة مما ليس بعقوبة. ومنه يتبين لك أن الشارع قد نص على أصل عقوبة التعزير ولم ينص على مقاديرها أو أشخاصها، بل نظر فى ذلك إلى عادات الناس وأحوالهم. ولذلك قال فقهاؤنا إن التعزير مفوض إلى ولى الأمر، فما يراه مؤدياً إلى المعنى المقصود منه عزّر به، وما ليس كذلك لا يفعله. نعم هناك أشياء يحصل بها التأديب غالباً مهما اختلفت الأحوال كالضرب والحبس.

وكذلك نص الشارع على أن ارتكاب المنكر موجب لتغييره بالتعزير، ولم يبين أشخاص الجرائم التى تسمى منكراً ولا مقدارها، بل كل ما قاله عنه الفقهاء كما فى البدائع: إنه ارتكاب جناية ليس فيها حد مقدر، سواء كانت على حقوق الله كترك الصلاة والصوم، أو حقوق العبد كإيذاء المسلم بقول أو فعل يلحق به العار: فترى أنهم أناطوا الجناية على حق العبد بما يؤذيه ويلحق الوحشة به؛ ولا ريب أن ذلك يختلف أيضاً بحسب العصور والأمصار: فقد يكون القول أو الفعل مؤذياً فى بلد أو فى زمان أو لشخص، وليس مؤذياً فى بلد أو زمان أو شخص آخر. قال الزيلعى عند قول الكنز «لا بيا كلب» الخ: أى لا يعزر بهذه الألفاظ كلها، لأن من عاداتهم إطلاق لفظ الحمار ونحوه بمعنى البلادة أو الحرص أو نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة. ثم قال: وحكى الهندوانى أنه يعزر فى زماننا فى مثل قوله يا كلب يا خنزير، لأنه يراد به الشتم فى عرفنا اهـ فيخلص من هذا أن التعزير يتبع عادة الناس فيما يريدونه ويفهمونه؛ فإن اعتادوا استعماله فى الحرص أو معنى آخر غير شائن فلا. وعلى هذا سائر الأقوال والأفعال؛ ولذا فوضوا تقدير ما يوجب التعزير إلى القاضى أيضا.

فقد بان أن أصل الحكم فى هذه الحادثة منصوص عليه، وتفصيله مرجوع فيه إلى العرف. نعم هناك أشياء توجب التعزير مهما اختلفت الأحوال كالرمى بالكفر والفسق، ورمى غير المحصن إحصان القذف بالزنا. وسيأتى لهذا زيادة عند الكلام على التعزير، إن شاء الله.

ومن ذلك أنه سبحانه قال «وأشهدوا ذوىْ عدل منكم» وقال: «فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء».

استنبط الفقهاء من كل منهما اشتراط العدالة لقبول الشهادة أو لصحتها على اختلاف المذهبين ، وقالوا : العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة ، وإن فعل ما يخل بالمروءة مسقط للعدالة : وما يخل بالمروءة هو فعل ما يشين ويدل على حقارة النفس عند أهل الفضل من الناس : كالبول فى الطريق ، والأكل فى السوق ، وككشف الرأس ، ولبس الفقيه قباء أو قلنسوة فى بلد لم يتعارفوه . قالوا (١) : وكتعاطى الحرف الدنيئة : كالحياكة ، والصباغة ، والحجامة ، مما لا يليق بأرباب المروءات فعله : لأن من يأتى بالمحقرات لا يتورع عن الكذب .

فنحن نرى أن القرآن شرط العدالة فى الشهادة ، واستنبط الفقهاء أن ما يخل بالمروءة يسقطها : ومعلوم أن مما يخل بالمروءة أموراً ثابتة : كالبول فى الطريق ، وأمورا متبدلة تتغير بحسب العادات والأحوال ، فإن الدنىء من الحرف لا يظل دنيئا فى كل زمان ومكان ، بل قد ترفع العادات من الصناعات فى القرن العشرين ما هونت من شأنه فى العهود الأولى : كالحياكة والصباغة ، وقد تضع ما كان مرفوعا : وترى كذلك أنهم جعلوا لبس القباء والقلنسوة وكشف الرأس للفقيه مما يخل بالمروءة فى بلد لم يعتادوه ، فإن اعتادوه فلا إخلال ، بل لو اعتادوا أن لبس غيره مخل فهو الإخلال . قال أبو إسحاق الشاطبى فى الموافقات عند الكلام على العادات المتبدلة : منها ما يكون متبدلا فى العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس ، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع ، فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد المشرقية ، وغير قبيح فى البلاد المغربية ؛ فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحا فى العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح ا هـ . فقد نص الشارع على اشتراط العدالة ، وأحال فى تطبيقها على الناس إلى العرف كما سمعت .

وروى الشيخان عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر . استنبط الشافعى

---

(١) وعللوه بأن أصحاب هذه الحرف يكثر منهم الكذب وإخلاف المواعيد عادة . وصحح الكمال فى الفتح أنه لا عبرة لظاهر الصناعة ، وإنما يبنى الأمر على غلبة وجود القادح فى العدالة وهو الكذب وإخلاف المواعيد ، فان وجدت فى طائفة كالدلالين لا تقبل الشهادة منهم إلا بعد ظهور العدالة ، وهو رأى ما أرشده !.

من هذا الحديث خيار المجلس فى البيع ، وسقوطه بتفرق العاقدين ، وأحال فيما يحصل به التفرق على العرف . قال فى المنهاج وشرحه : ويعتبر فى التفرق العرف ، فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد . وكذلك يرى الشافعى أن عدد الرضعات المحرّم خمس ، أخذا من قول عائشة رضى الله عنها ، كما عند مسلم وأبى داود : « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ، ثم نسخن بخمس معلومات » . قال النووى فى المنهاج : وضبطهن بالعرف اه . فالتفرق وعدد الرضعات منصوص عليه ، والبيان مرجوع فيه إلى العرف .

وقال صلى الله عليه وسلم : « من أسلف فليُسلف فى كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » . نقل[1] أبو الوليد الباجى المالكى « قال ابن القاسم فى المدونة عن مالك : لا يجوز إلا إلى الأجل الذى تختلف فى مثله الأسواق . ثم قال : فرع إذا ثبت ما قلناه ، فالذى قاله القاضى أبو محمد أن تغير الأسواق فى ذلك لا يختص بمدة من الزمان ، وإنما هو على حسب عرف بلده » اه . فقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على اشتراط الأجل ، وقدره المالكية فى أرجح آرائهم بالمدة التى تتغير فيها الأسواق ، وذلك مردود إلى العرف ، كما صرح به الباجى .

وقال الله تعالى : « لينفقْ ذو سَعة من سعته ، ومن قُدِر عليه رزقهُ ـ الآية » . فرض الله نفقة الزوجات بقدر الوسع ولم يبين مقدارها ، ولا مابه الكفاية منها ، ولكن فوضه الحنابلة كالجمهور الى العرف . قال ابن قدامة الحنبلى : « والصحيح ما ذكرناه من رد الحقوق المطلقة فى الشرع الى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم فى حق الموسر والمعسر والمتوسط ، كما رددناهم فى الكسوة إلى ذلك » اه .

ومن هذا الباب الأحكام والحقوق التى وردت مطلقة فى الشرع ، كالمعيار فيما لم ينص على معياره من أموال الربا ، ومالية الأشياء ، والأيمان ، والعمل الكثير الذى يبطل الصلاة ، والحرز فى السرقة ، وفى الإيداع .

---

(١) انظر المنتقى جـ ٤ ص ٣٠٠ .

معنى اعتبار هذا النوع ودليله

معنى اعتباره هو الرجوع اليه فى الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث . فالمجتهد ، أو المفتى ، أو القاضى ، إذا عرضت له حادثة لم يرد من الشرع إلا حكم كلى يجمعها مع أمثالها . كالتعزير وأسبابه ، والنفقة ، وأجل السلم ، رجع فى تطبيقه على هذه الحادثة الجزئية الى تحكيم العرف والعادة ؛ فالحكم الكلى المستفاد من قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن » الخ وجوب النفقة على الوالد للوالدة المرضع . فاذا أريد الحكم لزينب بنفقة إرضاع طفلها على ، رجع فى جنس هذه النفقة وتقديرها الى العرف والعادة بعد معرفة حال الأب . وينبغى أن يبذل فى سبيل ذلك الوسع ، ويعمل نظره جهد المستطاع ، ليكون قريبا من الحق واثقا من العدالة ، ثم يبنى حكمه على أغلب ظنه ، وأحسن الرأى عنده .

والأصل فى هذا النوع « أولا » قوله تعالى فى كفارة اليمين « أو إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » . بين سبحانه أن الإطعام الواجب فى الكفارة هو الوسط فى الجنس والمقدار مما يطعم منه الأهلون فى العادة . قال الجصاص فى قوله تعالى : « من أوسط ما تطعمون أهليكم الآية، وهو مرتان فى اليوم : غداء وعشاء ؛ لأن الأكثر فى العادة ثلاث مرات ، والأقل واحدة ، والأوسط مرتان اه . ثم قال : وروى عن ابن عمر قال : أوسطه الخبز والتمر ، والخبز والزيت ، وخير ما نطعم أهلنا الخبز واللحم اه . فقد أحال سبحانه فى بيان إطعام العشرة مساكين على الوسط من الطعام المتعارف ، فكان إحالته للبيان فى هذا الحكم المطلق على العرف . وقد استدل ابن العربى بهذه الآية على صحة بناء الأحكام على العادات . قال عند قوله تعالى « لينفق ذو سعة الآية » : المسألة الرابعة فى تقدير الإنفاق : قد بينا أنه ليس له تقدير شرعى ، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة ، وهى دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام ، وقد أحاله الله على العادة فيه فى الكفارة ؛ فقال : فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » اه . واستدل بالآية ابن قدامة فى المغنى على الرجوع إلى العرف فى النفقة .

وثانيا : قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله صلى الله عليه وسلم ، فيما رواه الجماعة إلا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها : أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبى سفيان : «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف». ومن خطبته صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع ، كما عند مسلم وغيره « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف». وجه الدلالة أن المراد بالمعروف فى الآية : ما يكفى الوالدات فى العرف من القوت والملبس مع رعاية حالة الأزواج ؛ قال الطبرى فى التفسير : ويعنى بقوله بالمعروف بما يجب لمثلها على مثله ، إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر . قال أبو بكر الجصاص فى الكلام على الآية : ويدل أيضا على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج ، وقد بين ذلك عقيب ذلك « لا تكلف نفس إلا وسعها » فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها ، لم تعط ؛ وكذلك إن قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها فى العرف والعادة ، لم يحل ذلك ، ويجبر على نفقة مثلها . اهـ

ومعنى المعروف فى الحديثين ، كما قال الشوكانى : هو القدر الذى علم بالعادة أنه الكفاية .

فإذا كان المراد بالمعروف فى هذه النصوص ما تقدم ، دلت على أن وجوب النفقة الذى هو حكم مطلق يرجع فى تطبيقه إلى العرف ، وبالتالى دلت على أن الشارع قد اعتبر العرف مرجعا فى تطبيق الأحكام المطلقة [1]

(١) مراجع هذا الموضوع وما قبله : تبيين الحقائق ، البدائع ، الفروق ، فتح القدير ، شرح المنهاج ، شرح الباجى على الموطأ ، مغنى ابن قدامة جـ ٦ صـ ١٣٣ ، أحكام القرآن. لابن العربى جـ ٢ صـ ٢٧٠ ، الجصاص جـ ١ صـ ٤٧٨ ، تفسير الطبرى جـ ٢ صـ ٣٠٥ ، نيل الأوطار جـ ٧ صـ ١٣١

الفصل الثالث

العرف الذى ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف

الأصل فى التعبير عن المعانى التى تقوم بالنفس ، أن يكون بالألفاظ ، لوفائها بتفهيم الغرض من غير مشقة ، ولإمكان التعبير بها عن المحس والمعقول ، وقد يستغنى عن الألفاظ بالعادات الجارية بين الناس .

ذلك أنه قد تجرى بين الناس فى تصرفاتهم عادات دالة على الإذن فى الشىء أو المنع منه أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره ، أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد ، وللقاضى أن يقضى ، وللمفتى أن يفتى ؛ فهذه العادات تجرى مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها ؛ فإذا التزموا لبعضهم أو لله المعبود أموالا أو أعمالا ، أو أرادوا الامتناع عن شأن باليمين أو غيره ، أو أريد الإذن فى شىء ، وكان العرف الجارى يدل على بعض ذلك أو كله ، وتركوا التلفظ به اتكالا على إفادة العرف له ، وإعفاء لأنفسهم عن عمل تكفلت به طبيعة زمنهم . فيكون للعرف الجارى قوة النطق باللفظ فى اعتبار الشرع ، يرتب عليه ما رتبه على الألفاظ من الأحكام . ويأتى فى بحث الشروط أبيّن شرط ذلك ، إن شاء الله . وأنا أسوق للقارىء أمثلة توضح هذا النوع :

فمنه ما يدل على الإذن فى الشىء ، كتقديم الطعام للضيف ، فإنه يكون كالإذن الصريح له بتناوله ؛ واستئجار الدابة للركوب أو الحمل أو الجر ، حيث يكون إذناً فى ضربها بما يساعد على تأدية الغرض المقصود من الإجارة : وكمن رأى حريقا فى دار جاره أو رأى شاة غيره مشرفة على الهلاك ، فإن هذا يكون إذناً له فى دخول الدار واستعمال ما يساعد على الإطفاء وذبح الشاة ، ولهذا لايضمنها ؛ وكالإيداع فإنه يكون إذنا بدفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه كالزوجة والأولاد والخادم ، وفتح أبواب المحال العامة كالمساجد والمحاكم والمصالح حيث يكون إذنا فى دخولها .

ومنه ما يكون كالمنع الصريح عن الشيء، كتسييج الأرض المملوكة، فإنه يكون منعا من استعمال الغير لها.

ومنه ما يكون كالتصريح بالنوع بعد النص على الجنس كاستئجار الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها، فإنه يكون كالتصريح بالسكنى بالنسبة الى الدور، وبالتجارة ونحوها بالنسبة الى الحوانيت، لأن هذا هو المتعارف، وكحلفه لا يأكل رأسا، فإنه يكون كالتصريح بما اعتيد بيعه فى بلد الحالف، كرءوس البقر والغنم، الى غير ذلك من الألفاظ التى خصصها أو قيدها العرف العملى.

ومنه ما يكون كالتصريح بالقدر، كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها عند أبى حنيفة ومالك، حيث يكون كالتصريح بالقدر الذى به الكفاية فى عرف المتعاقدين.

ومنه ما يكون كالتصريح بالالتزام [1] كالبيع بالمعاطاة، فإنها فى العادة تكون دالة على الرضا من الجانبين، فتكون كالتصريح بالإيجاب والقبول سواء فى ذلك الخسيس والنفيس على الأصح عندنا وعند المالكية، وكذا صححه النووى الشافعى فيما جرى العرف ببيعه بها بخلاف نحو العقار؛ وكدفع الثوب الى خياط اعتاد العمل بالأجر حيث يكون كالتصريح بالتزام أجر المثل، ولذلك يقضى عند الخلاف بأجر المثل عند الصاحبين؛ وكاستئجار عربة الى بلد كذا حيث يكون كالتصريح باشتراط إبلاغ الراكب الى داره من هذا البلد.

ومن هذا الباب القرائن العرفية التى تكون طريقا للمفتى الى الفتوى، أو للشخص فى خاصة نفسه للعمل بها، كوجوب السؤال عن حال ما يريد إدخاله فى ملكه من الطعام أو غيره إذا غلب على أهل البلد التعامل المحرم والقرائن التى تجيز للشاهد أن يشهد على ما دلت عليه وإن لم يسمع المشهود عليه بإذنه أو لم يره ببصره، كمن رأى فى يد شخص شيئا يتصرف فيه تصرف الملاك سوى رقيق يعبر عن نفسه، فإنه يسوغ له أن يشهد أنه لمن فى يده، وكمن رأى اثنين يتعاشران معاشرة الأزواج جاز له أن يشهد لهما أو عليهما بالزوجية.

ومنه القرائن العرفية المانعة من سماع الدعوى، كمعروف بالفقر لا تسمع

---

(١) نتوسع هنا فى الالتزام ما يشمل الايجاب والقبول او القبول فقط او الشرط كما يظهر ذلك من الامثلة.

دعواه على آخر أنه أقرضه مائة دينار دفعة، ولا تسمع دعوى دار على آخر بعد رؤية من بيده الدار يتصرف فيها تصرف الملاك المدة الطويلة .

ومن ذلك أيضا القرائن التى يرجح بها القاضى من يكون القول قوله عند التداعى، كما فى اختلاف الزوجين فى متاع البيت، وتنازع ملاح وتاجر دقيق دقيقا وسفينة، وغير ذلك من الأحداث التى عمل فيها بدلالة العادات اكتفاء بالبيان العرفى عن البيان اللفظى . قال فى إعلام الموقعين : وقد أجرى العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع . وقال أيضا : الشرط العرفى كالشرط اللفظى . وشاع فى فقه الحنفية فى المبسوط وغيره : المعروف بالعرف كالمشروط بالنص . وفى القنية : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم . وفى فقه المالكية : العادة كالشرط . وذكر فى تبصرة ابن فرحون المالكى عن أحكام ابن سهل : أن امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارا وأنظرته به خمسة أعوام، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرته استدامة لعصمتها معه، وكان التحاكم فيه عند ابن بقى؛ فشاور فى ذلك فأفتى ابن عتاب : القول قول المرأة فيما ادعته من ذلك، وتحلف ثم تأخذ حقها منه حالا، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك، فهو كالعرف الذى يصدق فيه من ادعاه . اه فقد أقيم العرف مقام التصريح باشتراط حسن العشرة فى الأجل . وقال العز بن عبد السلام الشافعى فى القواعد[1] فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما، وله أمثلة؛ وساق على ذلك ثلاثة وعشرين مثالا . وقال ابن رجب الحنبلى فى قواعده تفريعا على قاعدة : يخص العموم بالعادة على المنصوص : ومنها ما لو استأجر أجيرا يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف . اه .

معنى اعتبار هذا النوع ودليله

هذا النوع من العرف معتبر؛ بمعنى أن قيامه بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف، عاقدا أو حالفا أو غيرهما، بكلام يفيد مضمونه : فإذا كان العرف

(١) ج ٢ ص ١٢١

فى الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل الى أول الشهر ، كان ذلك اشتراطا للتأجيل بالفعل فى العقد : فكما أن التصريح باللفظ يرتب عليه الشارع من الأحكام ما يناسبه ، فكذلك العرف يكون علة جعلية لهذه الأحكام . ومعنى اعتباره إذا كان قرينة أن يكون كالدليل الصريح المسموع أو المرئى الذى يقوم عند القاضى أو المفتى أو الشاهد أو الشخص فى خاصة نفسه ، فيعتمد عليه كل فيما يعمل : والأدلة عليه كثيرة .

منها ما أخرجه البخارى وأبو داود والترمذى وأحمد عن عروة بن أبى الجعد البارق : أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى له به شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة فى بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه . فأنت تراه اشترى شاتين وباع إحداهما بغير إذن لفظى وأقره صلى الله عليه وسلم عليه ، وما ذلك إلا اعتمادا من عروة على الإذن العرفى ، فإن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون فى مخالفة الموكل الى خير مما أمر به ، لأنه من مقصده وإن لم يصرح به . وقد خرج ابن القيم الحديث فى إعلام الموقعين على هذا النوع من العرف ثم قال : ولا إشكال بحمد الله فى هذا الحديث .

ومن المتفق عليه دخول الحمام مع عدم التصريح بعقد إجارة ، ولا بمقدار المكث ، ولا ما يستهلك من الماء ، والرجوع فى ذلك كله الى العرف ؛ وما هذا إلا لتنزيله منزلة اللفظ الذى يفيد مضمونه ؛ فقد قام العرف مقام عقد الإجارة بين الحمامى والمستأجر ، كما قام مقام تقدير مدة البقاء وما يستهلك من الماء .

ومن المتفق عليه أيضا أن تقديم الطعام الى الضيف إذن عرفى فى تناوله ؛ وسكوت البكر وضحكها دليل على رضاها ؛ وزفاف الزوجة ليلة العرس قرينة تجوز الدخول وإن لم يشهد عنده عدلان على أنها زوجته ، فيكون هذا كله اتفاقا على أصل اعتبار هذا النوع ، وإن كان لهم خلاف فى التفاصيل فذلك شىء آخر[1] .

---

(١) انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٥ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٢٢ ، وتراجع فى الأمثلة ، كتب المذاهب ، كتبيين الحقائق فى أول البيع ، وفى كتابى الشهادة والاجارة ، والبحر من آخر باب التحالف ، وشرح المنهاج والشرح الكبير .

الفصـــل الرابع

العرف القولى

تقدم شرحه ونشأته ، وهو معتبر باتفاق الفقهاء جميعا إلا من شذ فى بعض الفروع : بمعنى أن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه ، سواء أكان ذلك فى خطاب الشارع أو تصرفات الناس . فلفظ الصلاة تطلقه اللغة على الدعاء ، ويطلقه الشرع على الأقوال والأفعال المخصوصة . فقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » يحمل على عرف الشرع لا اللغة . وكذا الحال فى كلمة الفرض والشرط واليمين وغيرها مما ورد فى كلام الشارع ، لا تحمل على عرف الفقهاء بل على عرف الشارع .

ومثل هذا أقوال الناس التى تدور عليها العقود والتصرفات : تحمل على عرفهم فى مخاطباتهم : بمعنى أن الأحكام التى تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها ، تجرى على حسب ما يفيده اللفظ عرفا ، بحيث تكون الصيغ العرفية فى الالتزامات عللا جعلية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف ، كما فى البيع والإجارة والزواج وشروط الواقفين والطلاق واليمين . فمثلا : الأصل فى البيع ألا ينعقد إلا بماضيين ، وإن وجد فى صيغته مضارع فلا بد فيه من قرينة الحال أو نيته ، لأن المضارع وإن كان حقيقة للحال ، يغلب استعماله فى الاستقبال والوعد . واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال كأهل خوارزم فإنه يصح بلا نية ولا قرينة . ولو قال شخص : لزيد عندى عشرون جنيها ، قالوا يحمل هذا الإقرار على الأمانة دون الدين ، فلا يضمن بالهلاك ، لأن كلمة عند فى العرف والعادة تستعمل فى الأمانة ، ومطلق الكلام يحمل على العرف .

قال ابن قاضى سماوه الحنفى فى كتابه جامع الفصولين : مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف . ا هـ

وفى فتاوى الشيخ قاسم الحنفى : التحقيق أن لفظ الواقف والموصى والحالف والناذر وكل عاقد ، يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها ، وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولا . اه وقال القرافى فى الأحكام وهو يتكلم على اعتبار العرف : ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود ، فإذا كانت العادة نقدا معينا حملنا الإطلاق عليه . اه .

ودليل اعتباره ما نقل فى تحرير الأصول وغيره من الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولى ، ومعلوم أن العرف المخصص والمقيد معظم الباب .

ولأن مرجع العرف القولى الى استعمال اللفظ فى معنى جديد وهجر الحقيقة . والإجماع من اللغويين على أن اللفظ إذا صار بهذه المثابة انصرف الى المعنى الثانى ولا ينصرف الى الأول إلا بقرينة .

ولأن المتكلم بالألفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها عرفا ، يقصد ذلك بكلامه ، كما أن العربى وهو بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية ، ويقصدها بكلامه أيضا ، فوجب صرف ألفاظ المتكلم الى ما عهد أنه المراد منه .

ولا يشترط فيه أن يكون عاماً ، بل يعتبر فى هذا النوع العرف العام والخاص . غير أن العام يفيد حكما عاما يسرى على الناس جميعا ، والعرف الخاص يفيد حكما خاصا بأهله ، كالألفاظ المتعارفة فى المعاملات فى بلد دون آخر ، فتجرى فى كل بلدة على عادة أهلها ، ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من الأحكام .

وبما تقدم من التفصيل استبان ، والحمد لله ، معنى اعتبار الفقهاء للعرف ، وقامت الأدلة الصحيحة على اعتبار كل نوع منه ؛ فهو قاعدة فقهية محكمة .

المقال الثـــــالث

شروط اعتبار العرف

قلت إن الفقهاء اعتبروا العرف مبنًى للأحكام وشرحت معنى الاعتبار وأثبت ذلك بالدليل ، وأقول هنا : إن اعتبارهم له ليس مطلقا بلا شرط ولا قيد بل هو مشروط بأمور إن انعدمت فقدَ صحته وصلاحيته للبناء عليه ، ولم يجمع الفقهاء له شروطا ، ولا نصوا على بعضها ، بل كل ما هنا لك أن لهم كلمات متفرقة ذكرت فى الفقه لمناسبات تستفاد هذه الشروط من بعضها تصريحا ، ومن البعض الآخر استنباطا ، فأذكر هذه الشروط بعون الله تعالى .

* * *

الشرط الاول

أن يكون العرف مطّردا أو غالبا . قال فى الأشباه : إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت اه . قال السيوطى فى أشباهه : إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا . اه ومعنى الاطراد أن تكون العادة كلية ، بمعنى أنها لاتتخلف ؛ وقد يعبر عنه بالعموم ، فيقال : يشترط فى العرف أن يكون عاما أى شائعا مستفيضا بين أهله بحيث يعرفه جميعهم فى البلاد كلها أو فى إقليم خاص : ومعنى الغلبة : أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تتخلف كثيرا .

والغلبة والاطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف ، أما الشهرة فى كتب الفقه فلا عبرة بها ، حتى لو ورد على المفتى من يستفتيه فى واقعة عرفية كان عليه أن ينظر فى عوائد بلده فيبنى حكمه عليها لا على ما اشتهر فى كتب المذاهب . قال القرافى فى الاحكام : ولا يكفى فى الاشتهار كون المفتى يعتقد ذلك ، فإن ذلك نشأ من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه ، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لايفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى .

حصر ابن نجيم العرف المعتبر فيما إذا كان غالبا أو مطردا : وذلك لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه فى نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو الاطراد ، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذى وجدا فيه من تصرف المتكلم قولا أو فعلا ، فاذا تبايعا سلعة بدراهم وكانت الدراهم مختلفة فى الرواج والمالية أو أحدهما ، حمل الثمن على الغالب الشائع ، وكانت الغلبة قرينة إرادته ، وهما كذلك قرينة على الاحتياج الى الأمر المتعارف ، فيشرع له من الأحكام ما يناسبه .

فخرج بهذا الحصر فى الأمرين العرف المشترك ، وهو ما تساوى فيه الجرى على العادة والتخلف عنها ، كالتبايع بالدراهم المتساوية فى الرواج والمالية ؛ فإن العرف المشترك فاسد لا يصح الرجوع اليه ، ولا يبنى عليه حكم ، للتردد فى مراد المتصرف : أهو هذا العرف أو مقابله ؛ ولذا قالوا فى هذه الحالة : لو باع سلعة بدراهم مطلقة ، يفسد البيع لجهالة الثمن ؛ ولم يحكموا العرف المشترك فيما إذا اختلف الأب وابنته فيما بعث اليها من المتاع عند الزفاف أهو تمليك أو عارية .

وكذا هو لا يقضى على الألفاظ والأدلة تقييداً وتخصيصاً وإبطالا لتعارض العرفين : فإذا كان أحدهما يقتضى التخصيص أو غيره فالعرف الآخر يمنع منه ، وليس ما يرجح أحد المتعارضين من الغلبة أو الاطراد . نقل البيرى عن المستصفى : ولا يصلح ، أى العرف المشترك ، مقيداً ؛ لأنه لما كان مشتركا صار متعارضاً اه .

ولهذا لم يعتبر أبو حنيفة العرف فى التزوج بالحرائر ؛ لأنه مشترك بينه وبين التزوج بالإماء ؛ فقال فى الوكيل إذا أمره رجل بتزويجه امرأة فزوجه أمة كان ممتثلا للأمر ، ولم يعتبر هذا العرف مقيداً للإطلاق . وادعى الصاحبان أن التزوج بالحرائر عرف غالب ، فاعتبراه مخالفاً بتزويج الأمة . قالوا : وهو اختلاف عصر وزمان .[1] وهذا الشرط معتبر فى جميع أنواع العرف .

* * *

(١) انظر التبيين وغيره فى الوكالة و النكاح

الشرط الثانى

أن يكون العرف عاماً فى جميع بلاد الإسلام . قال فى الأشباه (ص ٤١) : تنبيه : هل يعتبر فى بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصاً ؟ المذهب : الأول . وقال فى القنية من باب استئجار المستقرض المقرض : التعارف الذى تثبت به الأحكام لا يثبت بتعارف أهل بلدة واحدة عند البعض ، وعند البعض وإن كان يثبت لكن أحدثه بعض أهل بخارى . اه قال هبة الله بعد أن شرح عبارة الأشباه نقلا عن البزازية : ومقصوده من هذا النقل عدم اعتبار العرف الخاص حيث قال : الفتوى على خلافه اه . وقال أيضاً بعد شرح كلامه نقلا عن البزازية فى بيع الوفاء : ومقصوده من هذا النقل أن عرف بخارى وبلخ لا يعتبر ، ولذا فروا منه إلى العرف العام وهو بيع الوفاء اه .

يؤخذ من هذه النصوص أن جمهور فقهائنا يشترطون لاعتبار العرف أن يكون عاماً فى بلاد الإسلام كلها ، وأن العرف الخاص لا يعتبر عندهم ؛ اللهم إلا إذا قررته السنة فإنه يعتبر حينئذ كما قال السيد الشهيد عن استئجار الحائك ببعض ما يخرج من عمله فيما نقله البيرى عنه : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول مشايخنا المتقدمين . لأن التعامل فى بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول، فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك ، فيكون شرعاً منه اه .

وخالف فى هذا الشرط مشايخ بلخ وبخارى وخوارزم وأبو الليث وأبو على النسفى فقالوا باعتبار العرف الخاص دليلا ومخصصاً ؛ ولذلك أفتوا بجواز كثير من المعاملات التى يمنعها الدليل ؛ فأفتى مشايخ بلخ بجواز استئجار الحائك فى الغزل ببعض ما يخرج من عمله مع أنه ممنوع بدلالة نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ؛ وأفتى مشايخ بخارى بجواز استئجار المستقرض المقرض لحفظ مرآة مع أن الإجارة ثابتة بالتعامل العام ولم يثبت هنا ، لكن العرف الخاص على رأيهم لا يفيد حكما عاما ، وإنما يفيد حكما خاصاً بأهله [1]

(١) والمالكية على كثرة استعمالهم للعرف لم أقف لهم على اشتراط العموم فيه ، ومعلوم مما تقدم اعتبارهم لعرف المدينة الخاص .

استدلوا على اعتباره بأن التعامل ورد فى الشرع دليلا على أحكام كثيرة، وخص به الدليل الشرعى، كما فى الاستصناع، فإنه بيع المعدوم المنهى عنه، ومع ذلك أجازوه للتعامل، وخصوا به حديث «لا تبع ما ليس عندك».

قال الجمهور: إن التعامل الذى ثبت به الاستصناع وغيره هو التعامل العام لا الخاص، لأنه ما اعتبر إلا لكونه مردودا إلى الإجماع العملى، والإجماع العملى لا يثبت إلا بالتعامل العام من غير نكير: أما الخاص فلا ينعقد به إجماع، وقد كثر كلامهم عن رد العرف الخاص فى مسألة استئجار الحائك ببعض ما يخرج من عمله. قال الزيلعى (حـ ٥ صفحة ١٣٠) فى رده: ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبه لا يخص الأثر، بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى فى كل البلاد، وبمثله يترك القياس ويخص الأثر. اهـ

قد يقال: كلام الجمهور إنما يفيد اشتراط العموم فى العرف الذى يمكن رده إلى الاجماع، فما الدليل على اشتراط العموم فى غيره؟

الجواب: أنه تقدم [1] رد العرف الذى لم يكن أصله الإجماع إلى دلالته، لأن ما أجمع عليه معلل بالحاجة غالبا: أو إلى قاعدة عامة ثابتة بالتأثير على اصطلاح الحنفية، أو بالمصلحة المرسلة على اصطلاح المالكية: فإذا جرينا على الرد الأول فاشتراط العموم، لأن الحاجة التى علل بها العرف هى الحاجة العامة من أهل الإسلام، ولا ريب أنها لا تثبت إلا بالتعامل العام منهم: وإن جرينا على الرد الثانى فوجه اشتراط العموم أن التأثير الذى ثبتت به قاعدة العرف هو تأثير المشقة فى التخفيف، وقدمنا أنه ليس كل مشقة مؤثرة، بل هى المشقة الزائدة التى تضيق بها الصدور وتلحق بالناس العنت والجهد، وليست هنا إلا مشقة الناس عامة وحرجهم الشامل: ولم أر من علل اشتراط العموم فى العرف الذى لم يكن فى عصر الإجماع: وإنما انتزعت ذلك مما وصلت إليه فى بحث رد العرف إلى الأدلة الصحيحة. وبهذا ثبت اشتراط العموم للعرف فى حالتيه.

والجواب عن قول الذاهبين إلى اعتبار العرف الخاص إن التعامل اعتبر دليلا ومخصصا كما فى الاستصناع: أن الذى اعتبر إنما هو التعامل العام، فيفرق بين الاستصناع وما أثبتوا تجويزه بالعرف كاستئجار الحائك ببعض ما يخرج من عمله، وغيره بأن الاستصناع ثابت بالتعامل العام وما جوزوه به ثابت بالخاص.

---

(١) انظر بحث رد العرف إلى دلالة الاجماع.

فالحاصل كما فى الأشباه : أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره اه .

أقول : فما أفتوا فيه باعتباره ما نقل فى فتح القدير فى بحث وقف المنقول عن أبى عبد الله الأنصارى من جواز وقف البر لإقراضه لأجل البذر ، قال الأنصارى : ومثل هذا كثير فى ناحية الرى وبناوند . وقال الكمال فى البيع بالشرط المتعارف بعد أن ذكر جواز بيع النعل على أن يشركه : ومثله فى ديارنا - أى مصر - شراء القبقاب على هذا الوجه أى على أن يسمر له سيرا . وقد جرى الفقهاء قديماً وحديثاً ، وقضاة المحاكم عندنا ، على اعتبار العرف الخاص فى وقف المنقول .

بقى أن نتساءل : هل اشتراط العموم فى العرف يجرى فى أنواع العرف الأربعة أو فى نوع خاص منها ؟ الفقهاء ذكروا أن المعتبر لبناء الأحكام هو العرف العام ، وأن اعتبار العرف الخاص قول ضعيف فى المذهب ، ولم يتكلموا عن العرف الذى اعتبر فيه العموم ولا قيدوه بقيد خاص ؛ ولكن قال ابن عابدين فى رد المحتار [1] بعد نقل كلام الأشباه عن البزازية : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص الخ . قال : فأفاد أن معنى عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص بخلافه لا يصلح ناسخا للنص ، ولا مقيدا له ، وإلا فقد اعتبروه فى مواضع كثيرة ، منها مسائل الإيمان ، وكل عاقد وواقف وحالف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره ابن الهمام اه .

فهذا صريح فى أن العرف الذى يشترط فيه العموم هو القاضى على الأدلة ، وهو ما يكون دليلا على الحكم ظاهرا بالاصطلاح المتقدم [2] . ومما يؤيد كلام ابن عابدين أن من الثابت اختلاف أسباب التعزير وعقوبته وما يخل بالمروءة وما به الكفاية فى النفقة باختلاف الأقاليم والأزمان ، وهذه من العرف المرجوع اليه فى تطبيق الأحكام ، وقالوا فى الاختلاف فى متاع البيت : ما عرف أنه للرجال فهو للزوج ، وما عرف أنه للنساء فهو للزوجة . قال فى التبصرة بعد بيان ما للرجال وما للنساء : وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين ، فرب متاع يشهد العرف فى بلد أو زمان أنه للرجال ، ويشهد فى بلد آخر أو زمان آخر بأنه

---

(١) ج ٤ ص ٤١ . (٢) انظر بحث معنى اعتبار العرف .

للنساء، ويشهدون فى الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين كالنحاس المصنوع فى تونس من بلاد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس . ومن متاع الرجال بالنسبة الى متاع الحضر . اه وهذا من نوع العرف المنزل منزلة النطق .

وفى الكافى فى مسألة دخول العلو فى بيع البيت : وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل ، سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار ، والأحكام تبتنى على العرف ، فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله اه .

وهذا من العرف القولى .

إلى غير ذلك مما يفيد أن العرف الخاص المختلف على اعتباره إنما هو من نوع العرف الذى جعل دليلا على الحكم ظاهرا ، والذى قالوا عنه إنه يخصص الدليل ويقيده ، أما غيره فالعام والخاص فيه سواء .

نعم يشترط فيه أن يكون عاما إذا كان الحكم المبنى عليه عاما . لأن العرف الخاص لا يفيد الحكم العام ، بل العام يفيد حكما عاما يسرى على الناس جميعا والخاص يفيد حكما خاصا ، بأهله كالألفاظ المتعارفة فى المعاملات فى بلد دون آخر ، فتجرى فى كل بلدة على عادة أهلها ، ويعاملون دون غيرهم بما يقتضيه ذلك من الأحكام .

* * *

الشرط الثالث

أن لا يكون العرف مخالفا لأدلة الشرع ؛ بأن تكون عادات الناس موافقة للأحكام التى أفادتها الأدلة ، فلو خالفها بطل اعتباره ، كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر ، ومشى النساء وراء الجنائز ، وإضاءة الشموع على المقابر ، وكشف بعض العورة ، وكثير مما خالف الشرع ؛ ولذا رُد على محمد بن الفضل إفتاؤه بجواز كشف ما فوق المنابت من عورة الرجل للعرف ؛ فإنه مخالف لما رواه الدار قطنى بسنده إلى أبى أيوب ، قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « مافوق الركبتين من العورة ، وما أسفل من السرة من العورة » . قال فى الأشباه (ص ٣٧) نقلا عن

الظهيرية : وكان محمد بن الفضل يقول : السرة إلى موضع نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال فى الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار ، وفى النزع عن العادة الظاهرة نوع حرج . وهو ضعيف وبعيد : لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر اه .

وعن أبى يوسف أنه خالف هذا الشرط فيما إذا كان النص الشرعى مبنيا على العرف : فقد روى عنه فى أموال الربا أن النص إن كان مبنيا عليه اعتبر ولو خالف صريح النص . قال فى الفتح فى الاحتجاج لأبى يوسف على أبى حنيفة ومحمد حيث قالا إن ما نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنه مكيل أو موزون فهو كذلك وإن خالف عادة الناس ، مانصه : وهو يقول : «يصار الى العرف الطارىء بعدُ بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص » ا ه . مثاله النص على أن المعيار للأشياء الأربعة . البر والشعير والتمر والملح ، هو الكيل ؛ فإنه إنما نص الشارع على ذلك رعاية للعرف الذى كان جاريا فى زمانه ، فإذا تغيرت هذه العادة فأصبح البر والتمر موزونين تغير المعيار الى الوزن ، وصحت المساواة بهذا المعيار.

والحجة لأصل هذا الشرط ، أن الدليل متى صح عن الشارع العالم بمصالح الناس الحكيم فى تدبير شئونهم ، فهو حق وحجة قائمة على الناس بشهادة المعجزة . أما العرف فقد سبق فى المقال السابق أنه فى مهب الأهواء والشهوات ، وكثيرا ما يقوم على الباطل ، كالتزوج من بعض المحارم ، وإضاءة الشموع على المقابر فى ليالى خاصة ، واعتبار مايسمى بالبشعة عند عربانناشاهد عدل لإثبات الجناية ، فإذا عرف ذلك تم أن الدليل أقوى من العرف ، بل لا تكاد توجد نسبة بينهما ، فلا اعتبار للعرف مع وجوده .

ووجه الرواية عن أبى يوسف ، أن النص المبنى على العرف إنما كان بهذه الصورة التى روى بها ، لأن عادتهم كان يناسبها ذلك ، فهو ينفصل عن قولهما (1) إن العرف لايعارض النص لأن النص أقوى منه ، إذ هو قد يكون على باطل ـ أقول : ينفصل عن ذلك بأنه حيث كان النص مبنيا على العادة القائمة كانت هى المنظور إليها ولم يشتمل على حكمه إلا من أجلها ؛ فإذا تغيرت هذه العادة صار الحكم الأول غير مناسب لها وكانت غير مفضية إلى تشريعه ؛ فوجب أن يتغير إلى حكم آخر يناسبها

---

(1) أى ابى حنيفة ومحمد .

ويترتب على مشروعيته معها الحكمة وكمال المصلحة ، إذ لو كان التشريع مستمرا لنص الشارع على حكم غير المبنى عليها ؛ فهو على رأيه من باب الحكم المغيا بانتهاء علته المفردة كدفع الزكاة للمؤلفة قلوبهم : فهم عمر رضى الله عنه أنه معلل بإعزاز الإسلام وأن الإعزاز قد تم وعلت كلمة الإسلام فلما جاءه المؤلفة فى عهد أبى بكر يسألونه الزكاة قال : هذا شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيكموه ليتألفكم على الإسلام وأما الآن فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف ! . ونظيره أيضا الحكم بأن قيام رمضان سنة ؛ ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم تركه لكنه علل الترك وبين العذر فيه بخشية افتراضه على الأمة ، كما روت عائشة رضى الله عنها من حديث التراويح : « قد رأيت الذى صنعتم فلم يمنعنى من الخروج إليكم إلا أنى خشيت أن تفرض عليكم » معناه لولا خشية الافتراض لواظبت على الخروج للصلاة . فلما انتهت هذه العلة بوفاته صلى الله عليه وسلم وأمن النسخ ، حكموا بالسنية من غير مواظبة منه صلى الله عليه وسلم عليه ، فكذا النص المبنى على العرف يكون مغيا بانتهائه ، فإذا تغير العرف تغير النص كذلك ، فليس فى هذا مخالفة للنص بل هو تأويل له . وهذه الرواية عن أبى يوسف تنصرها شواهد كثيرة من الفقه . وستأتى كثرة منها فى المقال الخامس ، كما تؤيدها روح التشريع الذى نزهه الله تعالى عن الجفاف والجمود ، وأناطه بمصالح العباد ؛ وقد رجح ابن الهمام هذا الرأى فى مسألة الربا [1] .

أما إذا لم يخالف العرف أدلة الشرع فهو معتبر : سواء أكانت بينهما معارضة أم لا ؛ فالثانى كتعارف الناس كثيرا من العادات التجارية والخطط السياسية والأنظمة القضائية والاجتماعية التى تتطلبها حاجاتهم وتدفع إليها ضرورة التدبير والإصلاح . أما إن كانت بينهما معارضة فلا يعتبر العرف إلا إذا توفر فيه أمران : أن يكون عاما ، أو خاصا قد قررته السنة ، فلا عبرة بالخاص الذى لم تقرره إلا على قول البلخيين ومن وافقهم كما تقدم ؛ وأن يمكن رده الى دليل من الأدلة .

وإنما يعتبر فى هذه الحالة ، لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع فيتخلص من هذه التعارض بالتخصيص إن كان النص عاما ، والتقييد إن كان مطلقا ،

(١) وانظر استظهار ابن عابدين الآتى فى المقال الثامن .

والمصير الى الاستحسان إن كان قياسا . وليس فى هـذا التخلص إبطال للنص بالعرف ، ولا قضاء عليه به ، بل هو إعمال للدليلين بقدر الامكان ، لأنه حمل للنص على حالة خاصة وعمل بالعرف فيما عـداها . نعم فيه إبطال للقياس ، ولا مانع منه ، لأن العـرف أقوى حجة ، ورعايته أقـرب الى الحـكمة ، إذ التعامل كما قلت أمارة الحاجة .

مثال ما بينهما معارضة قوله صلى الله عليه وسلم : « يا حكيم بن حزام : لا تبِع ما ليس عندك » ، فإنه عام ترك فى الاستصناع بالتعامل . وكنهيه صلى الله عليه وسلم عن الغرر فإنه يستفاد منه فساد كل بيع جهل فيه قدر المبيع ، وقد ترك فى شربة السقاء ، فإن البيع صحيح مع جهالة قدرها للعرف ، وهو فى الفرعين راجع إلى الإجماع .

وهـذا الشرط عام فى جميع أنواع العرف . فمن ذلك القرينة العرفية التى يستعين بها القاضى فى إظهار الحق لا تعتبر مع مخالفة النصوص ، كرجل مشرقى تزوج بمغربية ، وكل مقيم فى قطره ، وبينهما أكثر من ستة أشهر ، فجاءت بولد لنصف حول وادعاه الزوج ، فلو عمل القاضى بالقـرينة لم يثبت النسب منه لأن تصور الاجتماع بينهما بعيد كل البعـد فى مجارى العادات . لـكن النص منع من اعتبار هذه القرينة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش [1] » .

ومن ذلك لفظ القرابة فى قول الشخص: أوصيت لقرابتى ، فإنه يشمل الوارث وغيره عرفا ، لـكن لا يعمل بهذا التعميم فى الوصية ، لمخالفته لقوله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا وصية لوارث » بخلاف الوقف إذ ليس فى الشرع ما ينفيه للوارث .

علم مما تقدم أن العرف لا يعتبر إذا خالف أحكام الشرع ؛ أما إذا خالف استعماله كما إذا وردت ألفاظ فى الـكتاب أو السنة مستعملة فى معانى خاصة ثم استعملها الناس فى معانى أخرى ، فإن عرف الناس مقدم على عرف الشرع حينئذ كالسقف والبساط والسراج : استعملها القرآن فى السماء والأرض والشمس ، واستعملها الناس فى غير هذا ، فالمعتبر استعمال الناس لا استعمال الشرع . وعلى ذلك تجرى تصرفاتهم فى اليمين وغيره .

---

(١) وهذا رأى أبى حنيفة وعمل الصاحبان والجمهور بالقرينة فلم يثبتوا النسب وخصصوا الحديث بالعادة القاطعة بعدم الملاقاة وهو المتجه .

الشرط الرابع

أن يكون العرف الذى يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه ، بأن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه ، سواء أكان التصرف قولا أو فعلا .

فخرج بهذا أمران : الأول : ما إذا كان العرف طارئا على التصرف وحادثا بعده وإن قارن العمل بمقتضاه . الثانى : ما إذا كان سابقا على التصرف وتغير قبل إنشائه فإنه لا يحمل على كل منهما .

فلو أن شخصا وقف سنة ألف للهجرة ضيعة على علماء الأزهر ، وكان المتبادر من كلمة العلماء من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية وإن لم يحمل شهادة من الجامع الأزهر ، ثم حدث عرف فى هذا الزمان يطلق هذا اللفظ على حملة الشهادة العالمية لا غيرهم ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة ، فالقاضى يفسر هذا اللفظ بالعرف الذى كان مستمرا وقت إنشاء الوقف ، وهو كل من حاز صفة العلم ، ولا يحمله على العرف الحادث .

قال ابن نجيم فى الأشباه فى المبحث الرابع : العرف الذى تحملُ عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارىء . اه يلاحظ على ابن نجيم أنه خص الكلام بالعرف الذى تحمل عليه الألفاظ مع أن هذا الشرط يجرى فى العرف الذى تحمل عليه الألفاظ والأفعال على السواء ، كالبيع بالمعاطاة ، ودخول الحمام من غير تعيين أجر ، ولذا عممت الكلام فى الاشتراط .

ورعاية لهذا الشرط يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزواج وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذى كان موجودا فى زمانهم ، لا على عرف حادث .

الشرط الخامس

أن يكون العرف ملزما . ذكر الكاتبون فى أصول القوانين هذا الشرط من شروط اعتبار العرف . ومعنى كونه ملزما أن يتحتم العمل بمقتضاه فى نظر الناس . ولم أظفر فى كتب الفقه بنص يصرح به ، ولكن قواعده المحكمة لا تأبى اشتراطه ، وفيه من النصوص ما يشير اليه ؛ لكن ليس ذلك فى كل عرف ، بل يمكن ضبطه على وجه التقريب فى العرف الذى يتضمن الحق على وجه الإلزام : أما غيره فلا يشترط فيه ، كالعرف الذى يتضمن الإذن ، والعرف الذى يفيد وجوب السؤال عن حال الشيء عند شرائه كغلبة التعامل بالمحرم .

وأنا أنقل للقارىء فرعين من مذهبى المالكية والحنفية يشيران الى شرط الإلزام : قال فى تبصرة ابن فرحون : مسألة : قال اللخمى : الشأن فيما يهديه الصديق أو الجار فى العرس والولائم الثواب ، إلا أنهم يختلفون فى القيام ، فإن ثبت أن مثله يطلب الثواب فله ذلك ولورثته . وذكر ابن نجيم فى البحر فيما لو أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها أقوالا فى المذهب ، ثم قال : والحاصل أن المعتمد ما ذكره العمادى فى فصوله أنها إن تزوجته لا رجوع مطلقا ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقا . وعلل ابن عابدين فى رد المحتار عدم الرجوع فيما لو أكلت معه بأنه إباحة لا تمليك . فاللخمى يروى عن أهل إقليمه أنهم اعتادوا العوض عن الهدايا التى تقدم فى الولائم والأفراح ، ولكنه لا يكتفى بهذا العرف فى القضاء به ، بل لابد مع هذا من أن يكون المهدى ممن يطالب بالعوض . وهل هذا إلا لأن العرف الأول لم تتوفر فيه صفة الإلزام فلم يصلح للقضاء به بل لا بد من أمر يجعله ملزما وهو مطالبة أمثال المهدِى بالعوض ؟ ونرى كذلك أن العمادى يفرق بين العرف فى الدفع الى المعتدة والأكل معه فيعتبر الأول ملزما لدفع عوض ما أنفق ، والثانى غير ملزم ، وهذا كما قالوا : لأن دفعه للنفقة وهو طامع أن يتزوج تمليك على شرط التزوج ، فحيث لم تتم رغبته رجع فى نفقته ؛ وأما الثانى فهو فى العرف إباحة لا توجب أداء العوض فلا إلزام فيها .

والفقه فى هـذا الشرط أن العرف المعمول به فى هـذه الالتزامات لم يعتبر إلا لأنه كالتصريح بصيغة الإلزام، وهو إذا لم تتوفر فيه صـفة التحتيم لا يكون كالتصريح بها فلا تثبت به الحقوق.

وخرج بهذا الشرط العرف الذى ليس بملزم، فإنه لا يعتبر فى المعاملات، ولا يصلح مستنداً لإثبات الحقوق، كالتهادى فى مناسبات معينة، كالأعياد، وما يبذله التجار عادة لعملائهم من التسهيلات والهدايا على سبيل الاستمالة والترغيب، وما تعارفه الجيران فيما بينهم من الحقوق على سبيل التسامح والمجاملة؛ فإنه لو ادعى أحد شيئاً من هذا أمام القضاء لا يحكم به.

الشرط السادس

ونختم بحمد الله هذا المقال بذكر شرط سادس يختص بالعرف الذى ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف: وهو أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف فى السوق تقسيط الثمن، واتفق العاقدان صراحة على الحلول، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشترى، واتفقا على أن تكون على البائع.

قال على حيدر فى شرح المجلة: إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين، كما لو استأجر شخصٌ آخرَ على أن يعمل من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء، بداعى أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة اهـ.

وقال ابن عبد السلام فى القواعد[1]: كل ما يثبت فى العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، صح اهـ.

---

(١) جـ ٢ صـ ١٧٨

وكذا فى القرينة العرفية ؛ بأن أقامت المرأة عند التنازع فى الجهاز بينة على ما هو من خصائص الرجال ، أو أقام الرجل بينة على ما هو من خصائص النساء ، فإنه يُقضى بها ، وتقدم على العرف : ومثل هذا فى فقه الشافعية . قال العز ابن عبد السلام فى القواعد ، بعد سوق أحداث عُمِلَ فيها بالقرائن العرفية : واعلم أن البينات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات ، ومدرك هذه الشرط أن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ ، فيترجح عند المعارضة .

المقـــال الرابع

مدى احترام الشريعة للعرف

إلى هنا استبانت حقيقة العرف ، وعرفنا أن الفقه اعتبره بأنواعه الأربعة ، كما عرفنا شرط ذلك ؛ وأريد الآن أن أبحث عن مقدار مراعاة الفقه له ، فى طورى الوحى ، والاجتهاد ، وعن منزلته منه ، ليظهر إلى أى حد وصل احترام الشريعة له ، ولتفهم قيمته فى نظرها كمال الفهم . ويقع الكلام بعون الله فى فصلين :

الفصل الأول

مراعاة الفقه للعرف فى طورى الوحى والاجتهاد

العادات فى كل أمة إنما ينشأ قسم كبير منها لتنظيم الروابط الاجتماعية التى تكون بين الفرد والفرد ، أو بين الفرد والجماعة ، أو بين الجماعة والجماعة . وهذا بعينه هو مقصد الشريعة الإسلامية ، كما هو مقصد كل القوانين قديماً وحديثاً . والناس ألزم ما يكونون إلى الجرى على ما ألفوا ، والسير كما تعارفوا ، إذ فى نزعهم عن عاداتهم حرج عظيم .

لذلك كان للشارع اهتمام عظيم بمراعاة العرف الصالح ، فيما يشرع من الأحكام حتى يسهل عليهم قبولها ، ولا يضيقوا ذرعا بتطبيقها ، وكان للعرف الصحيح أثر بالغ فى شرع القانون الإسلامى .

ذلك بأن الإسلام إنما جاء لإصلاح ما فسد من أمر الناس ، وتجديد ما رثّ من الشرائع السابقة ، فلم يكن من طبعه نسخ عادات صالحة ، ولا هدم

شرائع عادلة، ولا استنكار مدنيات فاضلة، بل ما كان منها كفيلا بالمصالح أقره، واعتبره من شريعته، ودبر به أمر الناس، لكن لا على أنه عادة، بل على أنه دين فيه مصالح العباد، في المعاش والمعاد: لأن الشارع لما احترم العرف بتقريره، فقد شرعه للناس، وبهذا أخذ صفة الدين المقدس.

فقد كان للأمة العربية عرف راشد في المعاملات المالية، وآخر في الأحوال الشخصية، وثالث في العقوبات، ومثله في الشعائر، إلى غير ذلك.

بعض هذه العادات أحكمته تجارب العرب الذين كانت فيهم حكمة وكان فيهم قضاء، واستقر في نفوسهم بعضها من الشرائع السابقة، كالإبراهيمية والإسماعيلية واليهودية والنصرانية. فقد كان مقر الأولين جزيرة العرب، وتركزت اليهودية بيثرب التي صارت فيما بعد دار الهجرة، وحاضرة الإسلام، واشتهرت النصرانية بالحيرة وغسان ونجران ووادي القرى؛ وبعض العادات أخذوه من الأمم المجاورة؛ فقد كانت فارس تتاخم الجزيرة من الشرق، والروم تتاخمها من الغرب، وكانت للعرب معهما تجارة، وكذا مع الشام، وهي رحلة الصيف التي أشار إليها القرآن: «لإيلاف قريش: إيلافهم رحلة الشتاء والصيف»؛ وقد كانت الشام إذ ذاك ولاية رومانية، ومعلوم أن الفرس والروم دولتان بلغتا إذ ذاك مبلغاً في الحضارة والتشريع.

أما المعاملات فقد كان للعرب بيوع ورهون وشركات ومضاربات وإجارات، أقرها الإسلام، وإن كان قد نهى منها عما فيه أكل أموال الناس بالباطل، وما يفضي إلى المنازعة كربا النسيئة والفضل، وبيوع الغرر؛ والمخاطرة كبيع الحمل والنتاج واللبن في الضرع والبيع بالملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر.

أخرج أبو داود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للسائب بن أبي السائب: «كنتَ شريكي فنعم الشريك! كنت لا تداري ولا تماري». قال ابن هشام في السيرة وهو يتحدث عن السيدة خديجة زوج النبي صلى الله عليه وسلم: قال ابن إسحاق: وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ذات شرف ومال تستأجر

الرجال في مالها وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم اه . إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على معاملات كثيرة أقرها الإسلام .

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ؛ ولما كان ذلك شاملا للسلَم الذي هو معاملة جارية بالمدينة وإن هو جعل النهي شاملا له ، أحرج الناس حرجا عظيما ؛ أقول لما كان كذلك رخص فيه وأقرهم عليه بعد تعديل نظامه .

أخرج البخاري عن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين ، فقال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » . وقد نهى صلى الله عليه وسلم كذلك عن بيع المزابنة وهو بيع البلح على رءوس النخيل بمقداره من التمر المجذوذ ، لكن لا على سبيل التحديد بل على سبيل التخمين ، إذ لا يمكن إلا كذلك . وسبب النهي ما فيه من احتمال ربا الفضل ؛ وشبهة الربا حرام كعين الربا . ولما كانت الحاجة قد تدعو إلى شراء البلح على رءوس النخل بالتمر لأكله فاكهة ، وكان ذلك عرفا شائعا بينهم ، وكان في نزعهم منه حرج ، استثناه صلى الله عليه وسلم من بيع المزابنة ، ورخص فيه فيما دون خمسة أوسق مع وجود شبهة الربا كما هو مذهب الشافعي والجمهور وهو المعروف ببيع العرايا . أخرج البخاري بسنده قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المزابنة : بيع التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم » .

والحق أن هذين المثالين من أعدل الشواهد على سماحة الشريعة ومراعاتها للعرف وسعيها جهد المستطاع في رفع الحرج عن الناس « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . « يريد الله أن يخفف عنكم » . وأخيرا يمكننا أن نقول : « إن مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم كانت بلد زرع وبساتين ، وقد عرفت نظاما في الزراعة والتجارة رضي الإسلام عن كثير منه .

وأما في نظام البيوت فقد كان لهم زواج كنظام الإسلام ، تخطب فيه المرأة إلى وليها وتعطى صداقها .

أخرج البخارى وأبو داود عن عائشة قالت « كان النكاح فى الجاهلية على أربعة أنحاء ، منها نكاح الناس اليوم : يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها » الحديث . نعم كانت عندهم أنواع من السفاح يتعاطاها شرار الشبان الذين لا يخلو منهم عصر ولا قطر ، ولم يكن ذلك مستحسناً فى الأمة العربية ولا مرضيا عند جمهورها ، ولم تكن المرأة مجبرة على الزواج بل كان أمرها بيدها . يحدثنا أبو الفرج فى كتاب الأغانى : أن الحارث بن عوف المرّى وفد على أوس ابن حارثة الطائى يخطب إليه إحدى بناته ، وكان له ثلاث بنات ، فعرض الأمر على الكبرى والوسطى فأبتا ، ثم خاطب الصغرى فى ذلك فقال لها : هذا الحارث بن عوف سيد من سادات العرب جاء طالبا خاطبا : فقالت : أنت وذلك ، فأخبرها بإباء أختيها : فقالت : « لكنى والله الجميلة وجها ، الصّناع يدا ، الرفيقة خلقاً ، الحسيبة أبا ، فإن طلقنى فلا أخلف الله عليه بخير ! » فزوجها الحارث . وقد جاء بهذا الإسلام : أخرج فى منتقى الأخبار عن الجماعة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح الأيّم حتى تُستأمر ، ولا البكر حتى تُستأذن » قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال « أن تسكت » . وهذا هو الرأى الذى تؤيده الأدلة ، ويناسب مبدأ احترام الحقوق الذى جاءت به الشريعة .

وكانت الكفاءة بين الزوجين عندهم أمرا لازما يبتغيه ما طبعوا عليه من التفاخر بالأحساب والاعتزاز بالأنساب .

روى المبرّد فى الكامل : أن أبا طالب خطب فى زواج النبى صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة ، فقال : الحمد لله الذى جعلنا من ذرية ابراهيم وزرع إسماعيل ، وجعل لنا بلداً حراماً وبيتاً محجوجاً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن محمد بن عبد الله ابن أخى مَن لا يوازن به فتى من قريش إلا رجح عليه براً وفضلا وكرماً وعقلا ومجداً ونبلا ، وإن كان فى المال قُلٌّ فإن المال ظل زائل وعارية مسترجعة .

وكانوا يؤثرون الحرائر على السبايا حرصا على شرف أولادهم وإبعاداً للعار عنهم ؛ بل كان كبراؤهم يترفعون عن ذلك حتى اعتدّوا من مفاخر الرجل أن تكون أمه حرة نسيبة ، لا سبية جليبة . وكانوا يقولون : العرق دساس . وقد رغب القرآن

فى الاقتران من الحرائر إلا عند الحاجة « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » . وكان جمهورهم يحرمون الاقتران من الأمهات والبنات والأخوات . والقرآن يقول « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم » . وذكر الخضرى فى تاريخ الأمم الإسلامية : أنهم كانوا يطلقون ، وكان الطلاق بيد الرجل ، إلا أنه كان هناك نساء يمتزن بشرف قومهن فكانوا يشترطون أن تكون الفرقة بأيديهن . وكان لهم ظهار ورجعة . وكان للزوجات إحداد على من توفى من الأزواج . وكانوا يثبتون الأنساب بطرق وإن أنكر الشرع بعضها .

وقد أوجب الشرع الإنفاق على الزوجات والأولاد ، وأحال فى معرفة جنس النفقة وقدرها على العرف : قال تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقال صلى الله عليه وسلم فى أمر النساء كما فى حجة الوداع : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

نعم : كانت لهم عادات فى هذا الباب لا تخلو عن هنات طهرهم الشارع من رجسها ونبه على فسادها . قال السيوطى فى أسباب النزول : أخرج ابن أبى حاتم عن أبى صالح قال : كان الرجل إذا زوج ابنته أخذ صداقها دونها ، فنهاهم الله عن ذلك فأنزل « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » . وأخرج الترمذى والحاكم وغيرهما عن عائشة قالت : كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة وإن طلقها مائة مرة وأكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينى منى ولا آويك أبداً ! قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك . فذهبت المرأة فأخبرت النبى صلى الله عليه وسلم فسكت حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان » . وأخرج فى منتقى الأخبار عن البخارى ومسلم بسندهما إلى حميد بن نافع قال : قالت زينب : وسمعت أمى أم سلمة تقول : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها فنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا . مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول : لا . ثم قال : إنما هى أربعة أشهر وعشر : وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول . قال حميد : فقلت لزينب : وما ترمى بالبعرة

على رأس الحول ؟ فقالت زينب : كانت المرأة إذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا (أى بيتاً صغيراً) ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتَى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتضّ به (أى تمسح به موضع الحرث) فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطَى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره ا هـ . وكان لهم نظام فى التبنى : يتبنى الرجل ولد غيره فتجرى عليه أحكام البنوة . وقد تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل البعثة زيد بن حارثة ، وتبنى الخطاب عامر بن ربيعة ، وأبو حذيفة مولاه سالما . وكذلك كان نظامهم فى التوريث أنهم لا يورثون إلا من يحارب ويذب عن الحوزة ويحرمون النساء والأطفال ؛ فجاء القرآن بهدم الأول وتعديل الثانى : قال تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم » . وقال : « للرجال نصيب » الآية . (١)

فالمطلع يرى ما فى هذه العادات من إضاعة لحقوق الضعفاء والتضييق عليهم وإثبات الأنساب لغير مستحقها ، والتشبث بأشكال وتقاليد غير معقولة ، ولذلك فهى غير صالحة للبقاء ، فكان لزاما على الإسلام الذى طبيعته إصلاح ما فسد من أمر الناس أن يبطل هذه الخرافات ، ويحل محلها نظاما عادلا ، فيه هدى وشفاء .

وأما العقوبات فقد كان القصاص عندهم عقوبة القتل العمد . ومن المأثور عنهم : القتل أنفى للقتل ، والدية عقوبة الخطأ . وقد جاء بذلك القرآن . وكانت الدية عندهم على العاقلة ، والعاقلة عصبة القاتل وقبيلته . وقد روى البخارى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة . ونظام القسامة الموجودة فى الشريعة هو النظام الذى كان عندهم . روى مسلم عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية . وذكر البخارى صفتها فى الجاهلية عن ابن عباس فى حديث طويل أغفلناه خشية التطويل .

وأما الشعائر ، فإن العرب تلقت عن الأديان السابقة شيئا من الشعائر ، خلطوا بعضها بالوثنية وضلالة الشرك ، وسلم بعضها ، فلما جاء الإسلام أقر من ذلك

---

(١) انظر تفسير الالوسى جـ ٢١ ص ١٣٠ ، جـ ٤ ص ٢١٠ .

ما رآه صالحا ؛ فقد كان العرب يحجون البيت الكريم ويعتمرون ، فأقر الإسلام هذين النسكين بعد أن طهرهما من أدران الشرك ، كتلطيخ الكعبة بدماء القرابين ، وقولهم في التلبية : لبيك لا شريك لك إلا شريكا تملكه وما ملك . أخرج البخاري عن عاصم بن سليمان قال : سألت إنسانا عن الصفا والمروة ، قال : كنا نرى أنهما من أمر الجاهلية ، فلما جاء الإسلام أمسكنا عنهما ، فأنزل الله : « إن الصفا والمروة من شعائر الله » .

وذكر البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : « إن هذا البلد حرام لا يعضد شوكه ، ولا يختلى خلاه ، ولا ينفر صيده ، ولا تلتقط لقطته إلا لمعرف » . قال العباس : إلا الإذخر فإنا نجعله للقبور والبيوت ، فقال الرسول « إلا الإذخر » . وهذا الأثر آية بينة على سماحة الشريعة ومراعاتها لعرف الناس وحاجاتهم ؛ فان المشرع صلوات الله عليه عمم في تحريم قطع الأشجار ، فلما علم حاجاتهم الى الإذخر لأنهم اعتادوا أن يسقفوا به البيوت ويسدوا به الخلل الذي يكون بين لبنات القبور ، خصصه وأخرجه من حكم العام . وقد تقدم مثل هذا التيسير في بيع العرايا والسلم . وفي حجة الله البالغة : أن الغسل من الجنابة والختان مازالا متعارفين عندهم ، وقد قال تعالى : « وإن كنتم جنبا فاطهروا » . وقال صلى الله عليه وسلم فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة : خمس من الفطرة ، وعد منها الختان (١)

أخرج البخاري ومسلم وأبو داود عن ابن عباس قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة فرأى اليهود تصوم يوم عاشوراء ، فقال : ماهذا ؟ قالوا : هذا يوم صالح نجى الله تعالى فيه موسى عليه السلام وبني إسرائيل من عدوهم فصامه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أنا أحق بموسى منكم » فصامه وأمر بصيامه . وكان الاعتكاف من القربات المعروفة عندهم ، وقد جاء به الاسلام : أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر « أن عمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم قال : كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ، قال : « فأوف بنذرك » . وأحال سبحانه تقدير كفاية الطعام في اليمين على الوسط من طعام الأهل

(١) جـ ١ ص ١٢٧ حجة الله البالغة ، ونيل الاوطار جـ ١ ص ١٣٣ .

المتعارف ، قال تعالى : « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » .

هذه إلمامة يسيرة تعطينا صورة واضحة عن موقف الاسلام نحو العادات التى سبقته . وخلاصته أنه أقر الصالح منها ، وهذب ما يشوب صلاحه نقص ، وأبطل ما كله شر وفساد .

فى طور الاجتهاد :

بعد العصر النبوى ، اتسعت بلاد الإسلام : ففى عهد الخليفة عمر رضى الله عنه تم فتح فارس والشام ومصر ؛ وفى عهد معاوية وصل الفتح الى سمرقند : وفتحت الأندلس فى عهد الوليد بن عبد الملك : وعلى الجملة فإن الرقعة الإسلامية بلغت أوجها فى الاتساع صدر الدولة العباسية ، حتى أصبحت الراية الإسلامية ترفرف على جزيرة العرب والعراق ، وبلاد ما وراء النهر وخراسان وفارس ، وبلادالسند ، والشام ومصر ، والمغرب والأندلس: وهذه كلها تتردد فيها عادات وتقاليد قانونية وأخلاقية لم يسمع بها الاسلام بعد ، وأحوال لم يتحدث عن أحكامها بصراحة ؛ ففى بلاد الفرس كانت توجد عادات فارسية ونبطية تقوم على ما كان لهم من مدنية وقوانين ، وكان الفرس أهل زراعة وصناعة ، وكان عندهم مال وفير ، والمال يستدعى ضروبا من التجارة ، وأنواعا من اللهو ، فكانت عاداتهم تتناول كل هذا ؛ وكانت مصر والشام تحت حكم الرومان إبان الفتح ، والرومان هم أهل القوانين التى بلغت شأوا من الرقى ، فكان فى الشام عادات رومانية فى المعاملات وطرق التقاضى ، وفى مصر مزيج من العادات الرومانية والإغريقية والمصرية ؛ وكان فى جزيرة العرب عادات عربية ، وفى المغرب والأندلس عادات بربرية وقرطبية ؛ ولم يكن الفتح الاسلامى استعمارا واستغلالا ، بل كان الغرض منه نشر النور وإذاعة العدل : « كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات الى النور بإذن ربهم الى صراط العزيز الحميد » .

ولذلك نزل المجتهدون من المسلمين بهذه البلاد قضاة ومفتين فواجهوا هذه

العادات على تباينها وجهلهم بها ، فكان طبيعياً أن يُعملوا ملكاتهم الفقهية لإعطاء هذه العادات أحكامها من الشريعة ، فظهر لذلك أثره فى ثلاث نواح :

الناحية الأولى : أن هذه العادات عرضت على المجتهدين فى مختلف البلاد ، فطبقوا عليها مبادىء الفقه العامة ، فما كان منها صالحاً أقرّوه ، كتدوين الدواوين ، فإنها عادة فارسية ، وكثير من الفروع الواردة فى بابى الإجارة والبيع : وما كان فيه نوع من العوج هذبوه ، كوضع الخراج على الأراضى ، فإن ذلك كان معروفا [1] عند الفرس ، لكن مع الإرهاق والزيادة على الطاقة . وقد قبله عمر والصحابة بعد تعديل نظامه بما فيه النَّصَفَة والرِّفق ؛ قال عمر لعثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان ، بعد أن فرغا من تقدير الخراج على أرض فارس : أخاف أن تكونا حمّلتما الأرض مالا تطيق . قالا : حمّلناها أمراً هى له مطيقة [2] . وما كان كله شرا وفساداً استنكروه ورفضوه ، كاتخاذ النيروز والمهرجان عيداً عند الفرس . وامتناع الهنود البراهمة من ذبح الحيوان شفقة به ، لما فى الأولى من التشبه بالمجوس ، وفى الثانية من تحريم الطيبات من الرزق ؛ شأن المجتهدين فى هذا الصنيع شأن الوحى الذى نظر إلى عرف العرب ، فكان موقفه منها ما أسلفنا .

الناحية الثانية : أن المجتهدين فى استنباطهم للأحكام من القواعد العامة تأثروا إلى حد ما بالوسط الذى كان يعيش فيه هؤلاء الناس ، والعادات التى كانت تكتنفهم ؛ ذلك أن المجتهدين يعتقدون أن الأحكام التى أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان ، وأن من أغراضها رفع الحرج عن الناس ، فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على العادات فى استنباطها ببيئة الناس ، ولو لم تكن مناسبة لظروفهم ، مس الناس الضيق ، وصارت الشريعة مجافية للغرض الذى بنيت عليه .

---

(١) تاريخ ابن الاثير ج

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٣

فالمجتهدون الذين عاشوا فى الأقاليم الفارسية مثلا ، تأثروا بعادات الفرس التى كونتها حضارتهم وقوانينهم ؛ والذين كانوا بمصر والشام ، تأثروا بعاداتهما التى كونتها مدنية الرومان وقوانينهم ؛ والذين عاشوا فى جزيرة العرب ، تأثروا بحالة البداوة البعيدة عن زخرف المدنية ومشاكلها ، وهكذا .

وليس معنى هذا أن العرف والظروف تتحكم فى النصوص الصريحة ، فتحمل المجتهدين على القول بحكم غير الذى تعطيه ، بل معناه أن من النصوص ماهو قواعد عامة ، يمكن تطبيقها حسب ظروف الناس وأحوالهم ؛ ومنها ما هو معلل بمصالح خاصة ، يمكن أن تدور الأحكام التى تشتمل عليها مع هذه المصالح .

ونضرب لهذا الأمثال بما قدمناه فى الفصل الثانى ، من المقال الثانى ، كالتعزير وأسبابه ، ومقدار الكفاية من النفقة ، وما يخل بالمروءة . وصح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ، ودية جنينها على عصبة القاتلة ، فكانت الدية على عصبة القتيل ؛ واستمر ذلك فى عهده صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ؛ فلما كان عهد عمر ، ودونت الدواوين ، جعلها على أهل الديوان ، إن كان القتيل منهم ، كما فى البدائع [1] عن النخعى . وذلك لأن العقل بالنصرة ، وقد كانت العادة أن النصرة بالعصبية ، وصارت فى عهد عمر بالديوان ، فناسب ذلك أن يضع الدية على أهل الديوان .

أخرج أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد حديث اللقطة ، وفيه أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التقاط الإبل ، قال قلت : فضالة الإبل ؟ قال « مالكَ ولَها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها » . وأخرج مالك فى الموطأ عن ابن شهاب قال : « كانت ضوال الإبل فى زمان عمر رضى الله عنه إبلا مؤبلة تتناتج لا يمسكها أحد حتى إذا كان عثمان أمر بمعرفتها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى الثمن » . فهذا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم يفيد المنع من التقاط الإبل ، وهذا عثمان رضى الله عنه يجتهد

(1) ج ٧ ص ٢٥٦ .

فيفتى بالتقاطها وتعريفها ؛ وهذا لأن المصلحة فى التقاطها صيانة للأموال من الضياع ، وقد كانوا فى الزمن الأول يطلقون الإبل فى البرية ترعى الأشجار وترد الماء حتى إذا احتاجوا إليها أخذوها ، فكان الأمن منتشرا ، وكانت النفوس عامرة بالصلاح، فلم تكن ثم حاجة إلى الالتقاط ، حتى إذا كان عهد عثمان وتبدلت الحال وخيف على الإبل أن تمتد إليها يد السوء ، وجدت مصلحة الالتقاط ، فأفتى به عثمان رضى الله عنه .

قال السرخسى : فى المبسوط جوابا عن حديث زيد : وذلك كان لغلبة أهل الصلاح ، والأمانة لا تصل إليها يد خائنة ، فإذا تركها وجدها ؛ وأما فى زماننا فلا يؤمن وصول يد خائنة إليها ، فى أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى اه .

وهذا الأثر الذى أسلفناه قد يبدو واضحا فى فقه المذاهب سواء كان من جهة الأحكام المستنبطة نفسها ، أو من جهة تفريع الفروع كما فى الفقه الحنفى الذى نشأ بالعراق ذات المدنية المعقدة ، والفقه المالكى الذى نشأ بالحجاز ذات البداوة السهلة . قال ابن خلدون[1] وهو يعلل انتشار مذهب مالك فى المغرب والأندلس : ولم يكونوا يعانون الحضارة التى لأهل العراق ، فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البداوة . ولهذا لم يزل المذهب المالكى غضا عندهم ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع فى غيره من المذاهب اه .

وهذا يشير إلى أن بداوة الحجاز أثرت فى مذهب مالك ، ولذلك كان ملائما لبلاد الأندلس والمغرب . قالوا [2] وكتب الشافعى مذهبا فى العراق ضمنه كتابه الحجة ، فلما قدم إلى مصر عام تسع وتسعين ومائة اطلع فيها على عوائد غير العوائد التى كان يعرفها فى الحجاز والعراق ، ورأى أحوالا غير الأحوال ، فكان هذا مما دعاه إلى الإعراض عن مذهبه القديم وكتابة مذهبه الجديد الذى احتواه كتاب الأم . ونحن لا نشك فى أن الشافعى رضى الله عنه يقول بأنواع العرف الأربعة كما تقدم الاستشهاد لها بمثل من فقهه ، ولكن جعل العرف من

---

(١) المقدمة ص ٣٩٢ (٢) انظر ضحى الاسلام جـ ٢ فصل التشريع

أسباب العدول عن مذهبه القديم محل نظر . فقد تتبعت كثيرا من الفروع التى اختلف فيها المذهبان القديم والجديد ، فوجدت مداركها كلها حديثية أو اجتهادية ولا أثر للعرف فيها ، كاختلاف القديم والجديد فى الموالاة فى الوضوء ، وآخر وقت المغرب ، وفى طلب الشفعة على الفور أو التراخى ، وفى أن وجوب نفقة الزوجة بالتمكين أو بالعقد ، وفيما لو عرضت آفة على الثمر الذى بيع بعد بدو صلاحه وسلم ، هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشترى . وسألت كذلك من أثق به من حضرات علماء الشافعية فأنكروا هذا الكلام . وأيا ما كان فهذه مسألة تاريخية فصل القول فيها يتوقف على استقراء الأحكام التى اختلف فيها المذهبان .

الناحية الثالثة : إن الأمة الإسلامية على اختلاف بقاعها ومنازعها قد تمس حاجتها إلى عادة من العادات فتتفق جميعها على تعاملها من غير نكير أحد من المجتهدين ، فيكون ذلك إجماعا فعليا على جواز هذا الأمر ، وإن خالف الدليل باعتبار أصله ، كاستصناع ما فيه تعامل ، والشرط المتعارف فى البيع ، وكثير .

وهذه اللمحة القصيرة ترينا كيف راعى الفقه العرف فى طورى الوحى والاجتهاد . والخلاصة أن المجتهدين ترسموا خطى الوحى فى اتباع المصلحة ورفع الحرج . وستأتى فى البحوث التالية مراعاة الفقه للعرف فى عهد التقليد ، فى تطبيق الأحكام وتخريجها والعدول عن ظاهر الرواية من المذاهب ، وترجيح بعض الآراء الفقهية على بعض .

الفصل الثانى

منزلة العرف من الفقه

الفقه : هو العلم بمجموعة الأحكام التى تنظم علاقة الإنسان بالخلق والخالق . مصدرها الذى تستمد منه : كتاب الله وسنة رسوله . والذين يستمدونها هم المجتهدون أولو العلم والفهم . والذين يطبقونها بين الخلق للتمييز بين المضار والمنافع وإقامة قسطاس العدل هم القضاة والمفتون . وقد أسلفت استعمالات العرف الأربعة فى الفقه . والآن أريد أن أبين منزلته منه لنكون على علم بالمهمة التى يقوم بها نحوه على وجه الإجمال .

للعرف منزلة لا يستهان بها فى كل من الاستنباط والتطبيق .

بيانه بالنظر إلى الاستنباط : أن التصرف قد يتوقف فى أخذ الحكم منه على العرف والعادة ؛ فقد عرفنا أن للبيئة والعادات القائمة أثرا كبيرا فى تكوين رأى المجتهدين ، ويأتى فى المقال الخامس ينص الفقهاء على أن من شروط الاجتهاد أن يكون المجتهد عالما بعرف الناس ، وسبق أن العرف قد يفيد مشروعية الحكم ، وقد يعدل من أجله عن الأدلة وإن كان هذا بحسب الظاهر فقط . وقال الأصوليون والفقهاء : تترك الحقيقة بدلالة العادة ، وقالوا : العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر . وهذا وأمثاله يحدد مهمة العرف بالنظر إلى الاستنباط ، وهى أنه أمارة على الأدلة أو قرينة مساعدة على استنباط الحكم منها ، وأما بالنظر إلى التطبيق فإن العرف مصدر خصب لإظهار أحكام الله عند القاضى والمفتى ، وقد قال الفقهاء : العادة محكمة أى تجعل حكما عند النزاع ، وسبق فى المقال الثانى أن الشارع قد ينص على أحكام كلية يتوقف تطبيق الحكم الجزئى من هذه النصوص على العرف وسقت على ذلك الأمثلة ، كما تقدم اعتبار الشارع للعرف القولى والعرف الذى يقوم مقام النطق بالأمر المتعارف ، وبينت أن هذا يشمل الالتزامات بأنواعها ، ونوع الشىء الملتزم وقدره ، والقرائن العرفية التى تسوغ للمفتى أن يفتى ، وللشاهد أن يشهد ، وتمنع القاضى عن سماع الدعوى ، وترجح له من يكون القول قوله عند التداعى ، وأشبعت القارئ الكريم من الأمثلة هناك . لا شك بعد هذا أن هذين النوعين عماد تصرفات المكلفين القولية والفعلية .

وبعد هـذا يمكن تحديد مهمة العرف نحو التطبيق، وهى أنه مصدر لإظهار الأحكام عند المفتى والقاضى، سواء نص الفقه على الأمر المتعارف نفسه أو أحال على العرف. فالأول كقول الفقهاء المتقدمين: لايدخل العلو بشراء بيت وإن قال: بكل حق هو له ما لم ينص عليه، وبشراء منزل لا يدخل إلى أن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه، وبشراء الدار يدخـل العلو وإن لم يذكر شيئا من ذلك. ا هـ قال الكافى: وهذا التفصيل عرف أهل الـكوفة.

والثانى كقول الفقهاء: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. الأيمـان مبنية على العرف. يجوز وقف المنقول فيما فيه تعامل. العادة محـكمة.

بقى أنه هل يمـكن أن يكون العرف مصدرا تشريعيا للفقه كالـكتاب والسنة؟

للجواب على ذلك: نقول إن أريد أنه مصدر حقيقى تستمد منه الأحـكام فليس بمصدر أصـلا، وإن أريد أنه مصـدر ظاهرا نظرا إلى ظاهر الاستدلالات التى أوردها الفقهاء وفى الحقيقة يرجع إلى أصل من أصول الفقه، فنعم، وهو البحث الذى كتبته فى الفصل الأول من المقال الثـانى.

بقى أن يقال: كيف يتم القول بأن العرف ليس مصدرا تشريعيا وقد تقدم لك فى الفصل الأول من هـذا المقال أن العرب كانت لهم عادات فى المعاملات ونظام البيوت وغيرهما أقرها الاسلام، وأن الفرس والروم كانت لهم عادات كذلك؟

والجواب عن هذا: أن بعض هـذه العادات كما قدمنا موروث عن الشرائع السابقة؛ فقصارى أمره أن الشرع الإسلامى أقر شيئا من شرع من قبله؛ ولا بدع فى هذا: «شرع لـكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى»، ومن قواعد الأصول أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله ورسوله من غير إنـكار ولم يرد ناسخ، فليس فى هذا استمداد للشريعة من العرف. وبعض العادات وإن وفق إليه الناس بمحض عقولهم لـكن لا مطعن فى هذا أيضا، على ما ادعينا، وذلك لأن قسما كبيرا من العادات فى كل أمة يقوم على تنظيم الروابط الاجتماعية وتدبير مصالح الناس، وهـذا رائد الشريعة؛ لذلك قد تشرع بعض الأحكام موافقة لبعض العادات؛ فـكل ما هناك أنه وجد توافق بين ما أنتجه الفـكر وما جاء به الشرع، ولا بدع فى هذا أيضا متى اتحدت الغاية؛ فقد كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول فى الحادثة تنزل بالمسلمين قولا فيظهر موافقته للقـرآن بعد نزوله. فتم بهـذا أن العرف ليس من مصادر الشريعة على أى وجه قلبناه.

المقال الخامس

تبدل الأحكام بالعرف والعادة

ذكرت فى فاتحة الرسالة أن المقصد الأعظم للشريعة هو حفظ مصالح الخلق على اختلافها، وقلت إن مما به حفظها مراعاة العرف والعادة.

وأقول هنا : إن هـــذه المراعاة التى بها حفظ المصالح قد تستدعى لا محالة تغير الأحكام .

شرحُ ذلك : أن المصلحة هى الحكمة التى تترتب على شرع الحكم مع حال خاصة، سواء أكانت جلب منفعة أو تكميلها ، أو دفع مفسدة أو تقليلها .

وقد تحدث أعراف ، وتنشأ للناس حاجات ، وتجدّ أحوال غير الحال الأولى كالذى يسمونه بعموم البلوى وفساد الزمان تجعل بقاء الحكم معها فى الواقعة المعينة مثار شرور ومفاسد تربى على المصلحة الأولى فتتلاشى تلك المصلحة ، وتنخرم المناسبة بين الحكم والحال التى كانت مفضية الى تشريعه ، فلم يعد يلائمها هذا الحكم ، ولا تترتب المصلحة المقصودة منه مع بقائه ؛ فتقتضى أصول الشريعة تبديله بحكم آخر لتدرأ تلك المفاسد وتتحقق المصلحة المقصودة .

ولذلك قال مالك رضى الله عنه : « تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا » . قال الزرقانى فى شرح الموطأ [1] : ومراده أن يحدثوا أموراً تقتضى أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر . وقال عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور » . قال القرافى [2] فى الفروق : ولم يرد رضى الله عنه نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب . اهـ

---

(١) جـ ٤ صـ ٢٠٤ (٢) جـ ٢ صـ ٥

ويجب أن يعلم أنه ليس كل العادات متغيرة حتى تتغير الأحكام المبنية عليها دائما، بل كما تقدم فى تقسيم العادة، منها ما هو ثابت فى كل زمان ومكان كعادة الظلم فى الإنسان والاعتداء على الأنفس والأعراض والأموال: ولذا نرى أن حكم القصاص وحد الزنا والقذف والسرقة لا يتغير حتى يرث الله الأرض ومن عليها، وكالرمى بالكفر فإنه شين فى عرف الناس جميعاً ولذا لا يسقط حكم التعزير عليه فى كل حال.

ثم هذا التغيير فى الأحكام تبعاً للعادات، منه ما هو منصب المجتهدين الراسخين فى فهم أسرار الدين، يترسمون من أجله أصول الفقه الصحيحة، كالاستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، كقول مالك بتضمين حمال الطعام للعرف الراجع إلى المصلحة وهى دفع الضرر الناجم عن إهمال هذه الفئة، مع أن الأجير أمين فى الأصل؛ ومنه ما يكفى فيه أن يكون للشخص إلمام بالأحكام ودراية بقواعد المذهب الذى يراه بعد أن يكون خبيراً بكيفية تنزيل الأحكام على الوقائع: كالصريح والكناية فى صيغ التصرفات. وهذا الأصل ثابت بالإجماع والسنة وآثار اجتهادية للصحابة.

أما الإجماع: فقد نقله القرافى فى الفروق[1] على أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها إذا دارت.

وأما السنة: فما أخرج الشيخان بسندهما إلى عائشة رضى الله عنها من حديث طويل، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ولولا أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم»، وما أخرج الترمذى عن زيد ابن خالد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لولا أن أشق على أمتى لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة». وجه الدلالة أن كلمة لولا فى الحديثين أفادت أن إقامة الكعبة على قواعد ابراهيم، والأمر بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة، أحكام صالحة، وإنما منع من الأول وبدله، قرب قريش من عهد الكفر، وتمكن عادات الجاهلية من نفوسهم بحيث لو تغير بناء الكعبة لحدث من المفاسد ما يزيد على مصلحة التغيير، وهو الارتداد إلى الشرك؛ ومنع

---

(١) جـ ١ ص ١٧٦

من الآخرين طبيعة الناس التى يشق عليهم معها هذا التكليف. فدل هذا على أن الأحكام تتبدل بالعادات.

وأما الآثار: فما أخرج مالك والشيخان واللفظ لمالك عن عائشة رضى الله عنها: «لو أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بنى اسرائيل». فقد كان الصلاح غالباً فى عهده صلى الله عليه وسلم حيث كانت النساء يخرجن مستورات بثيابهن متلفعات بمروطهن، فكانت المصلحة فى خروجهن إلى المساجد لينلن ثواب الجماعة ويتفقهن فى دين الله، ولذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «لاتمنعوا إماء الله مساجد الله» أما وقد تغير الحال بعده فصار النساء يخرجن متبرجات بالزينة مما لا يؤمن معه أن يتعرض لهن السفهاء الذين خوت صدورهم من سلطان الدين، رأت عائشة أن المصلحة ليست فى خروجهن، بل فيه البلاء والفتنة، وإنما المصلحة أن يستنبط لهن حكم آخر تدرأ به هذه المفسدة ويناسب الحال الطارئة وهو المنع من الخروج. قال الزرقانى تعليقاً على هذا الحديث: «ولا غرو فى تبعية الأحكام للأحوال» اهـ.

وأخرج مسلم عن معمر وابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه: «أن أبا الصهباء قال لابن عباس: ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرا من إمارة عمر؟ قال: نعم». اختلف الناس فى تأويل هذا الحديث تبعا لاختلافهم فى حكم إيقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة؛ فأوله الموقعون للثلاث بما قال ابن جريج: يمكن أن يكون ذلك إنما جاء فى نوع خاص من الطلاق الثلاث وهو أن يفرق بين الألفاظ، كأن يقول: أنت طالق ويكررها ثلاثا، وكان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبى بكر الناس على صدقهم وسلامتهم لم يكن فيهم الخبث والخداع، فكانوا يصدقون أنهم أرادوا به التأكيد ولا يريدون به الثلاث، فلما رأى عمر فى زمانه أمورا ظهرت وأحوالا تغيرت، منع من حمل اللفظ على التكرار وألزمهم الثلاث. اهـ
وأولَ ابن القيم فى زاد المعاد [1] الحديث على رأى الآخرين: بأن الناس قد استعجلوا ماجعلهم الله فى فسحة منه، وشرعه متراخيا بعضه عن بعض، رحمة بهم

(١) جـ ٤ صـ ٧٣.

ورفقا وأناة لهم لئلا يندم المطلق على ما فرط منه ، وفيها يراجع كل منهما الذى عليه بالمعروف ، فاستعجلوا فيما جعل لهم أناة ومهلة وأوقعوه بفم واحد ، فرأى عمر أن يلزمهم ما التزموه عقوبة لهم ، فإذا علم المطلق أن زوجته وسكنه تحرم عليه من أول مرة بجمعه الثلاث ، رجع عنها الى الطلاق المشروع المأذون فيه ؛ وكان هذا من تأديب عمر لرعيته لما أكثروا من الطلاق الثلاث . وقال أيضاً : ولكن العقوبة تختلف باختلاف الأزمنة والأشخاص .

ونحن مع تجنبنا لهذا الخلاف نقول : إن كلا من الموقعين للثلاث والواحدة متفقون على أن أثر ابن عباس فيه تغيير للحكم تبعا لتبدل العادات ، سواء ذهبنا الى أن الحكم بإيقاع الثلاث مطابقة لعادة الناس فى قصودهم وطواياهم ، أو من باب السياسة الشرعية عقوبة لهم على تعاطى المحرم .

ومن ذلك أن النداء للجمعة فى عهد النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده كان بالأذان بين يدى الخطيب ، فلما كان عهد عثمان ورأى من كثرة الناس بحيث لا يسمعهم هذا النداء ، زاد الأذان الأول فى السوق ولم ينكر عليه ؛ والذى نقله الى المسجد هو هشام بن عبد الملك . وتقدم اجتهاد عمر رضى الله عنه فى المؤلفة قلوبهم كما تقدم فى بحث مراعاة الفقه للعرف أن النبى صلى الله عليه وسلم منع من التقاط الإبل ، وأفتى عثمان رضى الله عنه بالالتقاط ، وذلك لغلبة الصلاح فى العهد الأول بحيث لا يخشى عليها سرقة أو نهب ، فكانت المصلحة فى إرسالها ترد الماء وترعى الشجر ، فلما فسد الزمان وخيف عليها يد الخيانة كانت المصلحة فى التقاطها وتعريفها كسائر الأموال صيانة لها من الضياع . وتقدم أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على عصبة القاتل ، فلما كان عهد عمر رضى الله عنه ودونت الدواوين قضى بها على أهل الديوان إن كان القاتل منهم ، وذلك لأن تحمل العاقلة للدية بالتناصر ، وقد كان عرف من قبل سيدنا عمر أنهم يتفاخرون بالقبائل ، فلما دونت الدواوين تغير العرف عند أهلها وأصبحت النصرة بالديوان ، وهى حال تستدعى استنباط حكم جديد رعاية للعرف . أما فى غير أهل الديوان فلم تطرأ حال جديدة ، ولهذا استمرت الدية على القبائل .

وهكذا نهضت الأدلة المتكاثرة على تغير الأحكام المنوطة بالعرف والعادة باختلافهما ، رعاية للحكمة ، وجلبا للرفق والمصلحة .

إذا تمهد هذا الأصل فقد راعاه فقهاء المذهب الحنفى كغيرهم ، فأفتوا بأحكام كثيرة خالفوا فيها ما نص عليه إمام المذهب ، لأنه بنى اجتهاده فيها على أحوال زمنه . فهم يعلمون أنه لو كان فى زمنهم وشاهد أحوالا غير الأحوال التى بنى عليها اجتهاده ، لقال بما قالوه تحقيقا للمقصود من الأحكام ؛ فهم بعملهم لم يخرجوا عن قواعد المذهب . قال النسفى فى المستصفى [1] عند الكلام فى الاستئجار لتعليم القرآن : « ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات ، ألا ترى أن النساء كن يخرجن فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ثم منعن عن ذلك ؟ » اهـ وفى الزيلعى [2] عن فقهاء بلخ : الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان . اهـ وقال القرافى المالكى فى الفروق : إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ، كالنقود فى المعاملات ، والعيوب فى الأعواض فى البياعات ونحو ذلك ، فلو تغيرت العادة فى النقد والسكة الى سكة أخرى لحمل الثمن فى البيع على السكة التى تجددت العادة بها دون ما قبلها . وكذلك إذا كان الشىء عيبا فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبا موجبا لزيادة الثمن لم ترد به . وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد . وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء . قال : وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام : فمهما تجدد فى العرف فاعتبره ، ومهما سقط فأسقطه ، ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك . اهـ .

فمن ذلك أن الإمام وصاحبيه اتفقوا على تحريم أخذ الأجرة على تعليم القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أحمد : « احفظوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به » ، ولأن قربة تحفيظ القرآن متى صدرت كان نفعها للعامل ولا يأخذ العامل الأجرة على عمل نفعه له . وكان هذا الاجتهاد موافقا لزمان أبى حنيفة وصاحبيه ؛ فقد كان للحفاظ عطايا من بيت المال ، وكان الناس يجذلون لهم الإحسان ؛ ولكن الحال تغيرت وانقطعت المعونة ، وأصبح المعلمون إن هم انقطعوا للقرآن جاعوا ، وإن هم انشغلوا عن القرآن لكسب العيش ضاع القرآن ، وكل من هذين مفسدة مترتبة على حكم التحريم ، فدعت الضرورة الى الإفتاء بالجواز ، فأفتى مشايخ

(١) مخطوط بدار الكتب .

(٢) جـ ٥ صـ ١٢٥ من التبيين .

بلخ وغيرهم به ، كما أفتوا بجواز أخذ الأجر على الأذان والإمامة المتفق على منعهما لما تقدم .

ومن ذلك أن الأصل عند أبي يوسف ومحمد : أن ما اختلف الفقهاء في نجاسته وكان مجالا للاجتهاد فنجاسته مخففة يعفى منها عما دون ربع الثوب ، ومن ذلك أرواث البقر، لأن مالكا يقول بطهارتها ، فكان محمد يقول بتخفيف نجاستها . قال في فتح القدير [1]: رجع محمد آخرا الى أنه لا يمنع الروث وإن فحش لما دخل الري مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها . اه .

ومنه أن أبا حنيفة اكتفى في الشهود بالعدالة الظاهرة فيما عدا الحدود والقصاص ولم ير تزكيتهم ، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن أبي شيبة ، المسلمون عدول بعضهم على بعض » . وكان هذا الاجتهاد مناسبا لزمان أبي حنيفة لغلبة الخير فيه ، فلما كان زمان أبي يوسف ومحمد وفشا فيه الكذب ، كان الأخذ بظاهر العدالة فيه مفسدة ضياع الحقوق ، فدعا فساد الزمان الى قولهما بتزكية جميع الشهود درءا لهذه المفسدة ؛ ولذلك قال الفقهاء عن هذا الخلاف : إنه اختلاف عصر وزمان ، وأفتوا بقول الصاحبين .

ومنه أن أبا حنيفة قال: لا يتحقق الإكراه من غير السلطان، خلافا لصاحبيه . قال الفقهاء رأى الإمام محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن إلا للسلطان ، وفي زمانهما كان لكل مفسد قدرة على ذلك لفساد الزمان ، فأفتيا على ما شاهدا .

ومنه قول الزوج لامرأته : كل حل علي حرام . قال محمد : لا يقع به الطلاق إلا بالنية . أجاب به على عرف بلاده . قال مشايخ بلخ : أما في عرفنا فيريدون به تحريم المنكوحة فيحمل عليه ، فهو متعارف في الطلاق عندهم . وكانت العادة قديما في بناء الدور أن تكون جميع حجرها متساوية وعلى طراز واحد ، وصارت بعد مختلفة الحجر والمرافق ، فتبع هذا اختلاف الحكم فيما تحصل به الرؤية وما يفيد العلم بالمقصود عند الشراء ، فكان المنصوص عليه كفاية رؤية بعضها لأن به يحصل العلم

---

(١) جـ ١ صـ ١٤٢ .

بكل الدار؛ والمتأخرون قالوا : لابد من رؤية جميع أجزائها ، لأن البعض لا يكون دليلا على المقصود حينئذ .

الى فروع كثيرة يأتى بعضها . وهذا كله يدل على أن العادات أسباب اعتبرها الشارع وبنى عليها الأحكام ، فهى تابعة لها بقاء واختلافا . وتقدمت أنواع الاختلاف فى تقسيم العادة .

هذا التبدل ليس نسخا

قد يظن بعض الناس أن تبدل الأحكام لاختلاف العوائد نسخ لها ؛ لأن النسخ رفع لمتعلق الخطاب الشرعى ، والواقع هنا كذلك ، لأن العادة عندما تتغير يرفع حكمها ويجيء حكم آخر يناسب العادة الثانية .

ولكن هذا ظن زائف ؛ لأنه ليس لواحد من المجتهدين ولا لسلطة من السلطات نسخ شيء من الشريعة بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، والأحكام باقية ما بقيت الدنيا .

الواقع أن الحكم المبنى على العادة يستنبط طبقا لحادثة معينة ذات أحوال خاصة ، فإذا طرأ على هذه الحادثة عرف آخر تغيرت طبيعتها وجدت أحوال جديدة لهذه الحادثة نفسها احتاجت إلى استنباط حكم آخر ، وهكذا فالأحكام باقية بالنسبة لحوادثها ، لا رفع فيها ولا تبديل ، إنما الرفع والتبديل إذا تغيرت الأحوال وجاء عرف آخر .

ومعنى الرفع حينئذ : رفع تطبيق الحكم السابق لعدم مناسبته ، لا رفع الحكم المشروع . والحاصل أن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكمين أو أحكاما ثابتة ، لكل حكم تطبيق فى ظرفه الذى يختص به ، بخلاف النسخ فإن حكم الحادثة فيه يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلا . قال الشاطبي فى الموافقات [1]: وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعى يحكم به عليها . اهـ

---

(١) جـ ٢ ص ٢٨٦

فمثلا : إذا كان العرف مستمرا فى بلد أنهم يدفعون الإبل مهرا فبعث الزوج لزوجته شيئا منها، ثم اختلفا أهو هدية أو من المهر ، فالقول للزوج ؛ لأن الظاهر شاهد له ؛ فإذا تغير العرف وصاروا لا يبعثون بالإبل إلا هدية ، كان القول لها بشهادة الظاهر أيضا . فالحادثة فى هذا المثال نزاع الزوجين فى إبل بعثها الزوج ولها حكمان يختلف تطبيقها بحسب العرف . ومثل آخر : القاعدة أنه إذا اشترى شخص دارا كان قد رآها يسقط خيار الرؤية ، فكانوا يقولون : تثبت هذه الرؤية برؤية بعض الدار بناء على عرف الكوفة فى البناء ، ثم تغير الحكم فقالوا : لا تثبت رؤيته لها إلا برؤية جميع حجرها ومرافقها . فالحكم الأول والثانى لحادثة واحدة اختلف فيها التطبيق لاختلاف العرف ؛ لأن عادة الإنشاء والبناء تغيرت عما كانت عليه .

ولما كان العرف لا يغير كل الأحكام ، بل منها ما هو ثابت أبدا ؛ فسنتكلم إن شاء الله عن معارضة العرف لها من جهتين : من جهة الأدلة الشرعية التى تثبتها ، ومن جهة نص الفقهاء عليها . وسنفصل ذلك بعون الله تعالى فى فصلين :

الفصل الاول

تعارض العرف والأدلة الشرعيـة

العرف إما أن يوافق الدليل الشرعى أو يخالفه ، فإن وافقه فلا كلام لنا فيه ؛ كالعرف فى اتخاذ الوليمة للزواج ، والامتناع عن الغش فى البيـع ، الموافق لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه « أولم ولو بشاة » ، ولقوله صلى الله عليـه وسلم « من غشنا فليس منا » .

وإن خالفها فإما أن يكون الدليل نصا أو قياسا ، فيقع الكلام فى مقامين :

المقام الأول

تعارض العرف والنص

العرف إما أن يكون قائما حال وروده ، أو يحدث بعده ؛ فالكلام فى فرعين

الفرع الأول

أن يكون العرف قائما حال وروده . فهذا بحث تبارت فيه أقلام الأصوليين وأدلوا فيه بعصارة أفكارهم ، إلا أن منهم من قصر الكلام على ألفاظ النصوص نظرا لأن موضوع علم الأصول هو الأدلة وهذا البحث من مقاصده ، ومنهم من عمم الكلام فى ألفاظ اللغة نظرا لأن البحث من مبادىء العلم وتدخل فيه النصوص دخولا أوليا . وأيا ما كان فأحكام هذا البحث وفاقا وخلافا تعم ألفاظ اللغة نصوصا وغيرها . وسأوجز الكلام عليه بما يناسب موضوعنا إن شاء الله :

اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولى والعملى يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقا ؛ فمعنى الحج اللغوى هو مطلق القصد إلى الشيء المعظم ؛ والمتعارف فى لسان الشرع : هو القصد إلى الكعبة فى أشهر الحج ؛ فإذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « يأيها الناس كتب عليكم الحج فحجوا » كان المأمور به هو المعنى العرفى لا اللغوى . وكذلك إذا قال فى صدقة الفطر على منبر المدينة : « أدوا عن كل حر وعبد نصف صاع من بر » فالواجب هو نصف الصاع الذى كان التعامل به جاريا بالمدينة وقت الخطاب لا نصف أى صاع . وكذلك إذا كان المتعارف فى بلد أكل لحم الضأن وقال شخص لوكيله : اشتر لى لحما ، كان الموكل فيه شراء لحم الضأن لا أى لحم ، ويعد مخالفا إذا اشترى غيره .

واتفقوا كذلك على أن العرف القولى يقضى على اللفظ إذا كان عاما فى المعنى اللغوى للبيع ، فالمعنى اللغوى للبيع : هو المبادلة فى المال وغيره ؛ والمعنى الشرعى : مبادلة المال بالمال . فيفهم من قوله تعالى « وأحل الله البيع » المعنى الشرعى لا اللغوى . وقالوا : إن لفظ الدراهم إذا ذكر فى العقد ينصرف إلى النقد الغالب لا إلى كل فرد منها .

واختلفوا بعد ذلك فى العام هل يخصص العرف العملى أم لا . فذهب الحنفية إلى أنه يخصصه ، وذهب الجمهور الى خلافه . أما المالكية فسيأتى تحقيق مذهبهم عند الكلام على تعارض العرف مع اللغة إن شاء الله . فاذا كان الطعام الغالب فى البلد هو البر وقال الشارع : حرمت الربا فى الطعام ، اقتصرت حرمته على الطعام الغالب أى البر عند الحنفية ، وعمت فى كل ما يطعم عند الجمهور .

الحجة للحنفية أن كلا من المتنازعين اتفقوا على أن العرف يقيد المطلق فوجب أن يتفقوا على أنه يخصص العام . بيانه : أنه إذا كانت العادة فى بلد أكل لحم الضأن ثم قال أحدهم لوكيله : اشتر لى لحما ، لا يفهم منه إلا لحم الضأن ، فينصرف اليه ويقتصر التوكيل عليه ، حتى لو اشترى الوكيل غيره كان مخالفا ، مع أن لحما فى أصل وضعه مطلق دال على فرد ما من أفراد اللحم ضأنا أو غيره ، فإذا كان هذا حال المطلق وجب أن يكون العام مخصصا بالعرف العملى . كذلك لاتحاد الموجب للتخصيص والتقييد وهو تبادر الحصة التى وقع عليها التعامل من اللفظ عند ذكره . ويصاغ هذا الدليل هكذا : كلما قيد العرف العملى المطلق خصص العام ، لكنه يقيد المطلق فيخصص العام . فدليل الملازمة اتحاد موجب التقييد والتخصيص . ودليل الاستثنائية الاتفاق .

استدل الجمهور بأن صيغة العموم التى جرى العمل ببعض أفرادها عامة بحسب اللغة ، ولم يوجد ما يخصصها ، وكل ما كان كذلك يجب بقاؤه على عمومه .

مناقشة وترجيح :

أورد الجمهور على دليل الحنفيـــة اعتراضين : الأول منع الملازمة بأن محصولها قياس العام على المطلق فى أن العرف العملى يقضى على كل منهما وهو قياس فى اللغة ، فهو مردود . الاعتراض الثانى: منع الملازمة أيضا ، وحاصله أنه لا يلزم من تقييد العرف العملى للمطلق تخصيصه للعام للفرق بينهما ، لأن دلالة المطلق على المقيد دلالة الجزء على الكل وهى دلالة ضعيفة ، ودلالة العام على الخاص من دلالة الكل على الجزء وهى قوية ؛ ولا يلزم من تأثير العرف العملى فيما دلالته ضعيفة تأثيره فيما دلالته قوية . إيضاحه : أن المقيد هو المطلق والقيد فيكون كلا والمطلق جزء له . ودلالة الجزء على الكل ضعيفة لأن الجزء قد يوجد بدون الكل ، وأن العام يشمل جميع الأفراد فهو كل والخاص بعضه وجزء له ، ودلالة الكل على الجزء قوية لأن الكل لا يتحقق بدون جزئه .

الحنفية دفعوا دليل الجمهور بمنع المقدمة الأولى منه بأن المخصص وهو العادة الغالبة ثابت بما قدمنا . وأجابوا عن الاعتراض الاول بأن محصول الملازمة ليس قياسا فى اللغة بل هو استقراء ، فإن الاستقراء أفادنا قاعدة عامة هى أن ما يوجب تبادر الذهن الى غير الموضوع له يوجب إرادته . والمطلق المقيد

بالعرف العملي والعام المخصوص به ليسا إلا فردين لهذه القاعدة ، فلا أصل ولا فرع حتى يأتي القياس . ثم الذي يوجب التبادر في كل من العرف القولي والعملي هو التعامل كما في مسلم الثبوت . إذا ثبت هذا فلا ريب في أنه يسبق الى الفهم ما جرت العادة به من أفراد العام فتجب إرادته .

وأجابوا عن الاعتراض الثاني بأن هذا الفارق ملغى بعد تحقق مناط التخصيص والتقييد وهو تبادر الخاص من اللفظ عند الاستعمال . وقد أبدى المرحوم الشيخ الشربيني في تعليقه على جمع الجوامع فرقا آخر بين التخصيص والتقييد هو أن العادة في العام تخرج منه بعض المدلول ، بخلافها في المطلق فانها تعين الحصة الشائعة ، فعمل بها في الثاني دون الأول . ثم قال « فليتأمل » وعند التأمل نجد أنه لا وزن لهذا الفرق بعد ما تقدم من اتحاد المناط .

وبهذا ترجح الرأى القائل بتخصيص العرف العملي للعام . هذا وقد جاء في مسلم الثبوت أن غلبة العادة تنجرّ إلى غلبة الاسم ، فإذا صح هذا صار الاسم الذى غلبة العادة ببعضه في آخرة الأمر عرفا قوليا ولانزاع فيالتخصيص به .

وبعد : فالقول بالتخصيص هوالذى يناسب قصد الشارع من وضع الشريعة للأفهام ؛ فإنها شريعة عربية نزلت على نبيٍّ عربيٍّ ، ومقصد الشارع فهم الناس لها بطريق سهلة لا تعسف فيها ولا إلغاز « ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر » . وهذا إنما يكون باتباع معهود جمهور العرب الذين وصفهم الرسول صلى الله عليه وسلم بالأمية ، ومراعاة عرفهم في الألفاظ والمعاني والأساليب ، لأن الشريعة كما قلت نزلت بلسان عربيّ مبين ، فكما أن لسان بعض الأعاجم لا يمكن أن يفهم من جهة لسان العرب ، فكذلك لسان العرب لا يمكن أن يفهم إلا من جهة المألوف لهم والمتبادر من كلامهم .

ومن هنا ذكر أبو إسحاق الشاطبي [1] أنه لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجارى عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله ، لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التى

---

(١) انظر الموافقات ج ٣ ص ١٥١ .

يتعذر الخروج منها إلا بهـذه المعرفة . وأوضح رحمه الله هذا المعنى بعـدة أمثلة نذكر منها ما يأتى :

(ا) قال تعالى « وأتموا الحج والعمرة لله » يحتمل أنه أمر بالإتمـام، كما يحتمل أنه أمر بأصل الحج ؛ فإذا علم ان العرب كانوا قبل الإسلام آخذين به لـكن على تغيير بعض الشعائر ونقص جملة منها كالوقوف بعرفة وأشباه ذلك من وثنياتهم ، علم أن هـذا أمر بالإتمام وإزالة النقص الذى أحـدثته وثنيتهم وإنما جاء إيجاب الحج نصا فى قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » .

(ب) قال تعالى « يخافون ربهم من فوقهم » و « أأمنتم من فى السماء أن يخسف بـكم الأرض » فإن كلمتى من فوقهم وفى السماء فيهما شبهة إثبات الجهة لله سبحانه ، لـكن إذا علم أن من عاداتهم اتخاذ الآلهة فى الأرض ، علم أن الآية نزلت ردا على معتادهم بتعيين الفرق بين الإله الحق وآلهتهم الباطلة ، وتنبيها على نفى ما ادعوه فى الأرض ، فلا يـكون فيه دليل على إثبات جهة ألبتة .

(ج) أقول : ومن هذا الباب قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة » . ظاهر الآية يوهم تخصيص الربا المحرم بما إذا كان أضعافا مضاعفة ، لـكن إذا علم أن من عاداتهم التعامل بالربا المضاعف ، وأن الرجل منهم كان يربى إلى أجل ، فإذا حل قال للمدين : زدنى فى المـال حتى أزيدك فى الأجل ، فيفعل ، وهـكذا عند محل كل أجل حتى يستأصل ماله بالدين الطفيف ـ أقول إذا علم هذا علم أن الآية جاءت مراعاة لعاداتهم ، وتنديدا بشنيع معاملاتهم ، فليس الربا مخصوصا بل هو حرام قليله وكثيره .

الفرع الثـــانى

أن يـكون العرف المعارض للنصوص حادثا بعدها وطارئا عليها . وهـذا إما أن لا يمـكن رده إلى أصل من أصول الشرع أو يمـكن .

فإن كان الأول فلا يقضى على النصوص سواء أكان قوليا أو عمليا ، لأن من شرط اعتبار العرف الذى تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجودا حال صدورها ، ولأن العرف العملى قد يكون على باطل . وقد تقدم بسط هذا الوجه ، كما تقدمت الرواية عن أبى يوسف بمخالفة هذا فيما إذا كان النص مبنيا على العادة . روى له ذلك فى الربا فى الأشياء الستة .

ويتفرع على هذا أنه لا يجوز فهم ألفاظ الكتاب والسنة بالاصطلاحات المستحدثة للفقهاء ، كما فى الفرض والواجب والمندوب والحرام والمكروه والسبب والشرط ، وكما فى الربا ، فإن الفقهاء استعملوه فى فضل المال الخالى عن العوض سواء كان ربا النسيئة أو الفضل ، ولكن الذى كان معتادا فى الجاهلية هو ربا النسيئة فقط . قال الفخر الرازى (١) : اعلم أن الربا قسمان : ربا النسيئة فهو الأمر الذى كان مشهورا متعارفا فى الجاهلية اه .

ولذا كان الربا الوارد تحريمه فى القرآن ربا النسيئة ، أما ربا الفضل فهو محرم بالسنة كذا قاله الرازى أيضاً .

وكالأيمان الواردة فى الكتاب والسنة فإن المراد بها الأيمان بالله ، ليست بالطلاق والعتاق ، لأنهم كما فى الموافقات عن أبى يوسف ما كانوا يعرفونها فى الجاهلية ؛ ولذلك كان اللغو منها غير مؤاخذ به دون الطلاق .

ويتفرع أيضاً على هذا فساد كثير من العادات المنتشرة فى المواسم والأفراح والمآتم والمقابر مما محله كتب البدع .

وإن أمكن رد العرف إلى أصل من الأصول الشرعية صح التخصيص والتقييد به إن كان عاما ، وذلك كالاستصناع وبيع الوفاء ، بخلاف ما إذا كان العرف خاصا فإنه لا يقضى على النص إلا على قول ضعيف وتقدم . وفى هذه الحالة المخصص والمقيد بالحقيقة هو الأصول التى يرجع اليها العرف . فنسبة التخصيص والتقييد اليه تجوز . وهذه الأصول كالإجماع السكوتى ودلالته ، والسنة التقريرية ، والتعليل المبتدأ بنوع من أنواع التأثير ، وذلك بأن يجرى العرف فى عصر المجتهدين بفعل شىء أو تركه ويقرونه ، أو يجرى عرف بأمر فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم فيقره كذلك حيث يكون المقر عليه إجماعا سكوتيا فى الأول

---

(١) تفسير الكبير ج ٢ ص ٣٥٧ .

وسنة تقريرية فى الثانى ، أو يكون ما جرى به العرف حكما مستنبطا بطريق التعليل بنوع من أنواع التأثير كالضرورة فى إباحة المحظورات والحرج فى التخفيف . ويكون الحاصل من النص والعرف الطارىء عليه فى هذه الحالة تعارض دليلين شرعيين فيحكم لهما بحكم التعارض العام ، على معنى إن أمكن الترجيح صير اليه ، وإن لم يمكن صير الى الجمع بينهما بتخصيص النص إن كان عاما وتقييده إن كان مطلقا .

ويحسن أن أشير الى شىء من التخصيص والتقييد بالاجماع السكوتى والمصلحة المرسلة الحاجية ، لأنهما معظم ما يرجع اليه العرف . أما الإجماع السكوتى فيخصص العام ويقيد المطلق والمخصص ، والمقيد فى الحقيقة هو المستند الذى تضمنه الإجماع .

وتقدم أن الإجماع السكوتى حجة قطعية عند أكثر الحنفية ، وظنية عند البعض فيكون ما رد إليه كذلك ، لا سيما وهو مما كثر وقوع حادثته وتكرر فيما تعم به البلوى ، فطول السكوت من المجتهدين مع كثرة الوقوع دليل الرضا عن الأمر المتعارف قطعا ، وعليه فيخصص النصوص على القولين ولو على رأى الحنفية القائلين بقطعية العام متى كان مستنده مشهورا أو متواترا ، وإن كان آحادا كان فى مرتبة خبر الآحاد .

وأما التعليل الحاجى لا على وجه القياس كما يقول الحنفية ، أو بعض ما يسمى بالاستصلاح كما يقول الغزالى[1] أو بالمصلحة المرسلة كما تقول المالكية ، فالكلام فى التخصيص به مسلك صعب وطريق شائكة إذ لم يُدْلِ فيه الطوائف من الفقهاء والأصوليين برأى صريح ، بَيْدَ أنه لا مانع من ذكر ما فهمته من كلام القوم .

فأقول : العلة التى اعتبر الشارع جنسها أو عينها فى جنس الحكم ولم يشهد لعينها فى عينه دليل بالاعتبار أو الإلغاء ، إن كانت مناسبة للمصالح الحاجية التى إذا فقدت لحق الناس المشقة والحرج ، فالمشهور عن الغزالى أنه لا يعتبر حجة ، لأنه يشترط فى المصلحة أن تكون من الضروريات الخمس التى إذا فقدت فاتت مصالح الدين

(١) يسميه استصلاحا ولا يراه دليلا لأنه يشترط فى اعتبار المصلحة المرسلة دليلا أن تكون ضرورية قطعية كلية .

والدنيا ، وإذا لم يكن حجة لا يكون مخصصاً . وأما المالكية فيؤخذ من كلام ابن العربي في أحكام القرآن أن المصلحة المرسلة تخصص النص عندهم ، فقد قدمت أنه نقل عن مالك في المرأة إذا كانت شريفة القـــدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها لمصلحة المحافظة عليها وقال إن هذا مخصص لعموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » . ومن رأي مالك رضي الله عنه أن المدعى عليه لا يحلف إلا إذا كان بين المتقاضيين خلطة درءا للمفسدة ، إذ لو حُلِف كل مدعى عليه لتجرأ السفهاء على أهل الفضل فوجهوا عليهم ما شاءوا من الدعاوى ووقفوهم للحلف إيلاما وامتهانا ، وفي ذلك تخصيص بمجرد المصلحة لقوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وحمل له على ما إذا كان بين المتقاضيين خلطة .

ويستفاد من كلام الحنفية في الفقه أنه لا عبرة بها متى قام النص على خلافها . قال في الأشباه : الفائدة الثالثة : المشقة والحرج إنما يعتبر في موضع لا نص فيه وأما مع النص بخلافه فلا . وقال الزيلعي في الرد على أبي يوسف حيث قال بجواز رعي حشيش الحرم للحرج الذي يلحق الحجيج إذا منعوا الدواب منه ، قال : ولئن كان فيه حرج فلا يعتبر ، لأن الحرج إنما يعتبر في موضع لانص فيه وأما مع النص بخلافه فلا . وقال السرخسي [1] في الرد أيضا : وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص فأما مع وجوده فلا معتبر به . ولما قال أبو يوسف ومحمد بتخفيف نجاسة الأرواث لاختلاف الأئمة في نجاستها ولعموم البلوى ، قال في المبسوط : وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول : الروث منصوص على نجاسته كما روينا في حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتغلظ نجاسته ولا يعفى عن أكثر من قدر الدرهم كالخمر ، والبلوى لا تعتبر في موضع النص فإن البلوى للآدمي في بوله أكثر . لكن قال في فتح القدير [2] في هذا الموضع من كتاب الهداية : وما قيل إن البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الإنسان ، ممنوع ، بل تعتبر إذا تحققت بالنص النافي للحرج ، وهو ليس معارضة للنص بالرأي . والبلوى في بول الإنسان في الانتضاح كرءوس الإبر لا فيما سواه لأنها إنما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك ، وذلك إن

(١) المبسوط جـ ٤ ص ١٠٥ . (٢) جـ ١ ص ١٤٢ .

تحقق فى بول الإنسان فسكيا قائما . وقال سعدى افندى فى حاشيته تعليقا على كلام العناية فى رد تجويز أبى يوسف رعى حشيش الحرم : أقول : فأين قولهم مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع اه . ويعنى بالضرورة الحرج إذ الحديث فيه لا فى الضرورة .

فهذا الكلام من ابن الهمام وسعدى أفندى يفيد أنه متى تحقق الحرج والبلوى وجب اعتباره ولو صادم النص : لكن كما صرح ابن الهمام ليس دليل الاعتبار التعليل أو المصلحة ، بل النصوص النافية للحرج . فليس اعتبار الحرج فى موضع النص تخصيصا له بالرأى بل بنص آخر ولا مانع منه .

لكن يبقى النظر فى ضبط هذا الحرج وتطبيقه : فبالرغم من أن الفقهاء ضبطوه بأغلبية عسر الانفكاك يبقى أن تطبيقه على الحوادث حرج عظيم جدا لا يتيسر إلا لمن أعطى قوة النظر الفقهى وسبر غور الناس فى أحوالهم ومجارى عاداتهم .

وعليه فاذا بلغ الأمر المتعارف مبلغ الحرج الشديد ، وعمت بليته ، وغلب عسر الانفكاك عنه ، وأيقنا بتعطيل الحكمة من النص بالنسبة اليه ، كان النص مقصورا على غيره بالنص النافى للحرج . وهذا ولعمر الله موضع احتياط بالغ وحذر شديد ، إذ ليس مجرد مشقة نزع الناس من عاداتهم مما تترك به النصوص ولو كان من الأمور الكمالية أو الحاجية التى يمكن الخروج عنها بكثير من الطرق المشروعة . فالعرف مهما قوى سلطانه لا يسمو الخروج عنه الى مرتبة الحرج المنفى بالنص إلا إذا وصل إلى أغلبية عسر الانفكاك عنه بحيث يقرب من الضرورة لفساد كثير من العادات ، وإلا فلم نزلت الشرائع وأرسل الأنبياء . ولو فتحنا هذا الباب لاستباح الناس كثيرا من المحرمات ، واستحسنوا كثيرا من الرذائل ، وإذن لهوت حالة المسلمين الاجتماعية إلى الحضيض . قال أبو عبد الله بن شعيب أحد علماء تونس وقضاتها فى القرن الثامن : وغلبة الفساد إنما هى من إهمال حملة الشريعة ، ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد .

هذا وقد فصل ابن عابدين فى نشر العرف فى حكم تعارض العرف والنص ، فقال : إذا خالف العرف الدليل الشرعى ، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص ، فلا شك فى رده ، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا وشرب الخمر

ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا ، وإن لم يخالفه من كل وجه بأن ورد الدليل عاما والعرف خالفه فى بعض أفراده أو كان الدليل قياسا ، فإن العرف معتبر إن كان عاما ، فإن العرف العام يصلح مخصصا كما تقدم عن التحرير اه

ويظهر مما تقدم أنه ليس مدار الرد وعدمه على المخالفة من كل وجه ، المصورة بأن يلزم منه ترك النص ، وعلى المخالفة من وجه دون وجه ؛ بل هما مبنيان على كون العرف له أصل يرجع إليه أو لا ؛ فإن كان الأول اعتبر العرف ولو خالف النص من كل وجه ولزم منه تركه بأن كان ما يرجع إليه العرف نصا أو إجماعا ، فإن النص ينسخ ما قبله ، وكذا الإجماع ناسخ باعتبار مستنده ، فقد يعمل المجمعون على خلاف النص الخاص ويكون ذلك دليلا على نص ناسخ له ، إذ لا إجماع إلا عن مستند ، وقولهم لا ينسخ بالإجماع أى على الحقيقة ، لأن الناسخ بالحقيقة مستنده لا هو ؛ وإن كان الثانى فهو مردود ، وإن خالفه من وجه دون وجه . ألا ترى أن لبس الذهب المنهى عنه عام أفراده التختم وغيره ، ومع ذلك لو تعارف الرجال التختم لا يجوز تخصيص النص به ، وأن الربا عام أفراده المضاعف وغيره ، ومع ذلك لو تعارف الناس الربا غير المضاعف لا يصح تخصيص النص به ؛ واستدلاله بما فى التحرير لا يفيد اعتباره إذا خالف النص من وجه دون وجه ، لأن العرف الذى قال عنه فى التحرير إنه يخصص العام هو الموجود وقت ورود اللفظ كما يفهم من سياق كلامه . قال : العادة العرف العملى مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية كحرمت الطعام وعادة المخاطبين أكل البر ، انصرف الطعام إليه . ا ه والعرف الذى يتكلم عنه ابن عابدين هو الطارىء على النص والقياس ، كما يفهم من تمثيله أيضا . فلما كان هذا التفصيل منقوضا كما وضح ، رأيت بتوفيق الله أن الخير فى العدول عنه .

وقد يعترض بأن التخصيص بالعرف الذى كان موجودا زمان الوحى متصور حتى على مذهب الحنفية الذين يشترطون مقارنة المخصص ، لأن العرف وإن سبقت نشأته على النص فهو ممتد إلى زمان وروده ، لكن لا يكاد يعقل التخصيص على رأى الحنفية بالعرف الطارىء لعدم المقارنة ، لأنه متأخر فهو بالنسخ أحق منه بالتخصيص . والجواب ما تقدم من أن المخصص بالحقيقة هو

الدليل الذى رجع إليه العرف لا نفس العرف . قد يقال سلمنا أن المخرج هو الدليل ، لكن لا يزال التخصيص غير متصور على رأى الحنفية فى بعض الأدلة كالإجماع والقياس والتعليل لا على وجه القياس . أما الإجماع فإنه لا وجود له إلا بعد زمان الوحى ، لأنه على فرض وجوده فى زمنه لا ينعقد إلا بدخوله صلى الله عليه وسلم فى هيئته ، وبعد دخوله تكون الحجة فى قوله لا فى الإجماع ، وأما القياس والتعليل فقد يتأخر زمانهما عن زمن الوحى . والجواب : أنا نسلم التأخر لكن ليس المخصص فى الحقيقة هو هذه الثلاثة بل تتضمنه فقط ، والمخصص بالحقيقة فى الإجماع هو مستنده ، وفى القياس هو دليل حكم أصله ، وفى التعليل هى الأدلة التى شهدت باعتباره : ومقارنة هذه الثلاثه ظاهرة : فإسناد التخصيص إلى الإجماع وما معه إنما هو من حيث الظاهر .

وقد يلوح فى بادىء الرأى أن هناك تعارضا بين العرف والنص فى بعض المواضع ؛ والواقع عدمه . ذلك أنه قد يكون النص منوطا بعلة مفردة ثم يظهر العرف انتهاء هذه العلة فى بعض أفراد النص أو كله ، فإذا نظرنا إليه من حيث لفظه وحرفيته ظهر أنه متعارض مع العرف ، وإذا نظرنا إليه من حيث مقصوده وأنه معلول بعلة أظهر العرف انتهاءها فى بعض أفراده ، ظهر أنه لا تعارض ، وهذا كما قال صاحبا العناية والمنح وتبعهما ابن عابدين فى نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، فإن علة النهى وقوع النزاع بين البائع والمشترى ، لأن من كان الشرط فى مصلحته يريد حصوله والآخر يريد الفرار منه ، فلم يتم مقصود الشارع من نظام المعاملات ، وهو رفع المنازعة . لكن إذا تعارف الناس شرطا من الشروط أصبح مسلما به من العاقدين فترتفع المنازعة ، وبهذا تنتهى العلة فى هذا الشرط المتعارف فينتهى النهى[1] . وسيأتى رد هذا فى الصيغة المقترنة بالشرط إن شاء الله . ويمكن التمثيل له بما تقدم عن أبى يوسف من بناء المأثور فى معيار الربا على العرف الموجود فى عهده صلى الله عليه وسلم ، فإذا تعارف الناس خلافه فلا تعارض ، بل الحاصل أن عرفهم أظهر تغير العلة فتغير الحكم تبعا لها[2] ؛

(١) انظر العناية بهامش فتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ ، ورد المحتار عن المنح ج ٤ ص ١٩٠ .

(٢) نيل الأوطار ج ٤ ص ٢٤٩ ، وإعلام الموقعين ج ٣ ص ٩ .

وبما أخرج الجماعة عن ابن عمر قال : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير . قال الجمهور [1] : هذا كان مبنيا على عرف المدينة فى القوت لأن المقصود من مشروعية صدقة الفطر سد حاجة الفقراء من جنس ما يقتات الناس ليشعروا بالمساواة فى يوم العيد ، فإذا كان القوت الغالب هو القمح أو الذرة أو الأرز ، كانت الصدقة من هذه الأصناف بهذا القدر ، وليس هذا من معارضة العرف للنص بل هو مبنى عليه ، فيتغير الحكم بتغيره . وقد دأب الفقهاء على تسمية ما أخرجه العرف عن النص بالاستحسان .

المقام الثانى

العرف والقياس

أما القياس فإنه يترك للعرف إن كان عاما ، سواء أقره النبى صلى الله عليه وسلم ، أو عمل به من غير نكير من المجتهدين ، أو دعت إليه ضرورة الناس أو حاجاتهم ؛ لأن العرف حينئذ أقوى حجة من القياس ، ورعايته هى المصلحة ، لأنه أمارة الحاجة .

وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ؛ فإنهم أطلقوه بمعنيين : أحدهما القياس الخفى فى مقابلة الجلى المتبادر وجهه إلى الأفهام ، والثانى أعم من ذلك وهو الإطلاق الشائع فى الفروع ، وهو : كل دليل يقابل القواعد العامة ، سواء أكان نصا أو إجماعا أو ضرورة . ومرادهم بالإجماع ما يشمل العملى الذى يرجع إليه بعض أنواع العرف ، بدليل تمثيلهم بالاستصناع ؛ كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة ، بدليل تمثيلهم بطهارة الآبار الموجودة فى الفلوات مع سقوط فضلات الإبل والأغنام فيها . وكذا يسمى بالاستحسان عند المالكية ، فقد قسمه ابن العربى كما فى الاعتصام ، وقسم أقساما عد منها ترك الدليل للعرف اهـ .

فمن أمثلة ما ترك فيه القياس بالعرف :

(1) أما الحنفية فمذهبهم إخراج القيمة فى غير المنصوص

(ا) القياس فى نجو الحمام أنه نجس يفسد به الماء قياسا له على نجو الدجاج لأنه يستحيل إلى نتن وفساد، ولكنه ترك لأن الحمائم كما قال السرخسى: تركت فى المساجد حتى فى المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها. وهذا راجع إلى الإجماع العملى، كما صرح به ابن الهمام فى أحكام البئر.

(ب) إن القياس فساد الإجارة إذا كان فيها شرط لا يقتضيه العقد قياسا لها على البيع، وقد ترك هذا القياس بالعرف فى الشرط المتعارف.

(ج) قال أبو حنيفة: لا خير فى استقراض الخبز وزنا ولا عدداً لتفاوته فى المعدن والمقدار والصنعة فى عجنه وطحنه وخبزه قياسا على السلم فيه، لأنه ممنوع بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم». وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده قياسا على السلم فى سائر المتفاوتات التى تضبط بالوزن. وترك محمد هذين القياسين للتعامل بين الجيران بذلك وإهدارهم هذا التفاوت والقياس يترك بالتعامل. قال ابن الهمام فى الفتح [1]: وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف، وأنا أرى أن قول محمد أحسن.

---

(1) جـ ٥ ص ٢٩٩

الفصل الثانى

تعارض العرف والعادة مع نصوص المجتهدين

المجتهد : هو ذلك الفقيه الذى يبذل طاقته لاستنباط حكم شرعى من أدلة الشرع . وقد شرط فيه أن يكون عالما بآيات الأحكام وأحاديثها والمجمع عليه منها والاصطلاحات اللغويه واصطلاحات السند والناسخ والمنسوخ وعلل الأحكام .

وشرط كذلك أن يكون عالما بعرف الناس وعاداتهم والأحوال الاجتماعية التى تكتنفهم ؛ فإن المجتهد يستنبط أحكام الله من أصولها متوخيا فى ذلك مصالح الناس ، وبداهى أن كثيرا من الأحكام مبنى على العرف وأحوال الزمان ، على معنى أنه أمارة على الدليل أو قرينة تعين على فهم الحكم منه ، كما ظهر ذلك فى الاستصناع والنفقة والتعزير وأسبابه والأيمان والاكتفاء بظاهر العدالة والاستئجار على تعليم القرآن وكثير ؛ فلو لم يكن المجتهد على علم كامل بعرف الناس لأخطأ الحق وضل عن أحكام الله التى شرعت رحمة للعالمين . ونضرب لذلك مثلين :

(ا) الأصل فى النحل ودود القز أنه لايجوز بيعهما لعدم المالية ، لأنهما من هوام الأرض كالوزغ والضفادع ، وقد قال به الإمام أبو حنيفة ، ولكن الإمام محمد نظر فى عرف الناس فوجد التعامل بهما جاريا بيعا وشراء ، والانتفاع بهما شائعا ، فحكم بماليتهما ، وأجاز بيعهما .

(ب) قاعدة المذهب : أن الغاصب إذا فعل بالمغصوب ما يزيد فى قيمته ، خير المالك بين أخذ المغصوب وضمان الزيادة ، أو تركه للغاصب وتضمينه إياه ، صيانة لحق الغاصب والمالك . وإن فعل ما ينقصه نقصانا غير فاحش ضمنه المالك النقصان . ثم اختلف اجتهاد الإمام وصاحبيه فيما لو غصب شخص ثوبا فصبغه بلون أسود ؛ روى عن أبى حنيفة أنه نقصان فى قيمته ، وعنهما أنه زيادة ، كما لو صبغه بلون أحمر أو أصفر . والعرف صاحب الفضل الأكبر فى تكوين رأى كل من الإمام وصاحبيه . قال مشايخنا : إن بنى أمية فى زمن أبى حنيفة كانوا يمتنعون عن لبس السواد فكان مذموما ، وفى زمانهما كان بنو العباس يلبسون السواد ، فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره .

ولذلك نجد فقهاء الحنفية يعتبرون العلم بالعرف أمراً لابد منه فى المجتهد. قال السرخسى فى المبسوط [1] من كتاب آداب القاضى: «وأقرب ما قيل فى حق المجتهد: أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبا فى القياس، عالما بعرف الناس» اهـ.

وقد ذكر نحو هذا قاضيخان فى مقدمة فتاواه، وصاحبا الهداية والتبيين فى القضاء، إلا أنهما ساقاه بلفظ قيل، قال ابن الهمام [2] تعليقا على كلام الهداية فهذا القيل لابد منه فى المجتهد اهـ.

ولما كان العلم بالعرف صفة أساسية للمجتهد، كان محمد بن الحسن يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملتهم وما يتواضعون عليه فيها: ذكر هذا فى البحر عن مناقب الكردى. وكلما كان المجتهد أكثر اتصالا بالناس وأعرف بأحوالهم كان رأيه مقدما فى الفتوى والقضاء، لأنه إذ ذاك يكون أميل الى الرفق وأقرب الى العدل؛ ولذلك قال مشايخنا: يفتى بقول أبى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لكونه جرب الوقائع وعرف أحوال الناس.

وليس كل الأحكام يفتقر إلى العرف فى استنباطه، بل أكثرها لا مدخل للعرف فيه كالحدود والقصاص.

على هذا كله دوّن الفقهاء الأحكام التى استنبطوها أو دونت لهم، فجمعت اجتهادات أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد فى كتب ظاهر الرواية وكتب النوادر. وكتب مالك رضى الله عنه بنفسه فقهه فى كتابه الموطأ، كما جمع سحنون فقه الإمام وصاحبه عبد الرحمن بن القاسم فى كتاب المدونة. وجمع للشافعى مذهبه الذى استقر عليه رأيه فى كتاب الأم. وجمع لابن حنبل مذهبه عدد من العلماء كالخلال والأثرم والخرقى وهكذا.

ولم يقتصر الفقهاء فى اجتهادهم على استنباط الأحكام التى دونوها أو دونت لهم، بل رسم كل إمام القواعد التى سار عليها فى اجتهاده حتى ينتهجها من يأتى بعده ممن يريد السير فى طريقه، ولأن الفقيه مهما أكثر من الاستنباط وفرض من الفروض فلن يستطيع استيعاب الحوادث المتجددة.

---

(1) جـ ١٦ ص ٦٢ (2) جـ ٥ ص ٤٥٨.

جاء بعد ذلك المفتون فأعادوا النظر فى آرائهم المبنية على العادات ورجحوا بعضها على بعض ، والعرف والأحوال فى ذلك كله لها الأثر الفعال : فقد سبق أن بعض الأحكام مبنى على عادات الزمان وأحواله ، ومما لاريب فيه أن العادات تتغير ، والضرورات تطرأ ، والبلوى تعم مما يصبح معه بقاء الأحكام الأولى أو ترجيح ما رجحوه منها خاليا عن الحكمة والمصلحة ، ومبعثا للضرر والفساد ، ومنافيا لقواعد الشريعة المبنية على جلب المصالح ورفع الحرج .

لهذا ترك المفتون العمل ببعض النصوص تارة ، ورجحوا بعض المرجوح تارة أخرى ، فكان ذلك إيذانا بأن العرف يقضى على نصوص المجتهدين إلغاء وترجيحا . وقد حكى القرافى الإجماع على أن الإفتاء بالأحكام التى مستندها العوائد بعد تغييرها خلاف الإجماع . قال فى كتاب الأحكام [1] « ما الصحيح فى هذه الأحكام الواقعة فى مذهب مالك والشافعى وغيرهما المترتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام ؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة فى الكتب ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة ، أو يقال : نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتى بما فى الكتب المنقولة عن المجتهدين ؟ . والجواب : أن جرى هذه الأحكام التى مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد ، خلاف الإجماع وجهالة فى الدين ، بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد ، يتغير الحكم فيه عند تغييرها الى ما تقتضيه العادة المتجددة اهـ . »

فمن تركهم للنصوص فى المذهب أن أبا حنيفة وصاحبيه قالا بفساد الإجارة على تعليم القرآن ، ومع قوة وجه هذا الرأى الأول كان يساعد عليه إغداق البر من أهل الإحسان على المعلمين ، ثم جمدت الأيدى ، وهى ضرورة تدعو إلى الجواز ، وإلا لخيف على الدين أن يذهب . ومنه أن أصل المذهب عدم تحديد مدة الإجارة بزمن خاص ، لكن المتأخرين رأوا أن أحوال الناس قد تغيرت ، وأن إطلاق ذلك يضر بالوقف إذ تفضى إجارته مدة طويلة إلى ادعاء ملكيته ، ولهذا أفتى المتأخرون بتحديده بثلاث سنين فى الضياع ، وبسنة فى الدور والحوانيت . ومنه أن المنقول فى كتب ظاهر الرواية قبول قول الزوج أنه استثنى بعد الطلاق ، ولكن المتأخرين

---

(١) صـ ٦٨

أفتوا بأنه لا يقبل قوله إلا ببينة لفساد الزمان . ومنه ما فى المدونة إذا قال لامرأته : أنت على حرام أو خلية أو برية ، أو وهبتك لأهلك ، يلزمه الطلاق الثلاث إن كانت مدخولا بها . وهذا بناء على أن هذا اللفظ فى عرف الاستعمال اشتهر فى إزالة العصمة واشتهر فى عدد الثلاث . قال القرافى فى الأحكام ما خلاصته : إنك الآن لا تجد أحدا يستعمل هذه الألفاظ فى هذه المعانى ، وقد تمضى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : أنت خلية ، ولا وهبتك لأهلك ؛ فالعرف فيها حينئذ منفى قطعا . ومنه ما فى الجامع الصغير : لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رءوس البقر والغنم عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : على الغنم خاصة . قال المرغينانى فى الهداية : وهذا اختلاف عصر وزمان : كان العرف فى زمنه فيهما ، وفى زمانهما فى الغنم خاصة ، وفى زماننا يفتى على حسب العادة ا ه . وأمثال هذا كثير فى الطلاق والأيمان وأسباب التعزير وصيغ العقود ، مما يحسن معه أن تكون نصوص الفقه المبنية على العرف قواعد كلية لا فروعا ونصوصا جزئية ، فإن وضعها على نظام القواعد يجعلها صالحة للتطبيق فى كل الظروف من غير حاجة إلى التعديل والتغيير ، ومن غير حاجة إلى التنبيه على أن هذا النص عرف خاص ، ويغنى المفتى عن كثير من البحث .

ومن ترجيحهم للمرجوح أن ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف صحة الزواج بلا ولى ، وهو الرأى الراجح الذى ينصره الدليل ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز فى غير الكفء ، لأن كثيرا من الأشياء لا يمكن دفعه بعد الوقوع ، فاختار بعض المتأخرين الفتوى بهذه الرواية لفساد الزمان .

ومنه أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : إن العقار لا يتحقق غصبه فلا يضمن بالهلاك ، وخالفهما محمد وزفر والأئمة الثلاثة ، وهذا الرأى مرجوح وجها ، ومع ذلك أفتوا به فى عقار الوقف واليتيم ، إذ فيه صيانة مالهما عن العبث والضياع . ومن ذلك أن أبا حنيفة وزفر والحسن يقولون : لا يضمن الأجير المشترك بهلاك المتاع عنده سواء أكان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أولا كالحريق الغالب . ويقول الصاحبان بالضمان إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه ؛ ومع ترجيح المتأخرين لقول أبى حنيفة لقوة وجهه أفتوا بقول الصاحبين لتغير أحوال الناس بحيث لا تحصل صيانة أموالهم إلا به . ومن هذا أن المالكية نصوا فى باب القضاء على أنه يجوز الإفتاء

بالقول الضعيف إذا جرى العرف بموجبه ، ومن ذلك الأقوال المتعارفة فى فاس ، الذى نظم فيه عبد الرحمن الفاسى مجموعة صالحة وشرحها سحنون .

ومنه أن أبا حنيفة قال بفساد المزارعة ، وقال الصاحبان بصحتهما ، ومع تقويتهم لمذهب أبى حنيفة من حيث الدليل قالوا : الفتوى اليوم على قول الصاحبين لتعامل الناس بها .

وقد يخال أن هذا الصنيع ابتداع فى المذهب لتصريح الفقهاء بأن الرأى إذا كان فى كتب ظاهر الرواية لا يعدل عنه إلا إذا صحح المشايخ غيره ، ولكن موضع هذه المقالة إذا لم يقتض العرف غير ظاهر الرواية ، أما إذا اقتضى غيره وجب العدول إليه ، لأنه يكون حينئذ هو رأى صاحب المذهب ومقتضى قواعده ، بحيث لو وجد فى زمان العرف الحادث وشاهد أحوالا غير الأحوال ، لأفتى بغير ما قال أولا . وذلك لأن من قواعده مراعاة العرف . ولهذا قال فى القنية : ليس للمفتى ولا للقاضى أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف . وقال القرافى فى الفروق [1] : والجمود على المنقولات أبدا ضلال فى الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .

العرف الذى يؤثر على النص الفقهى

العرف المعارض للنص الفقهى إما أن يترتب عليه مع هذا معارضته للدليل الشرعى أولا : فإن ترتب عليه معارضته شرط فى تأثيره على النص الفقهى أن يكون عاما إلا على رأى من يقول بحجية العرف الخاص ، فإنه على هذا الرأى يؤثر فيه العرف العام والخاص على السواء . فقول الفقهاء فى الاستصناع : لا يصح فى الثوب إلا بأجل السلم ، لا يترك إلا بالعرف العام ، فإذا تعامل الناس استصناع الثياب على وجه العموم صح استصناعها وإن لم يذكر الأجل . وإن لم يترتب عليه معارضة الدليل كان قاضيا على النص الفقهى سواء أكان خاصا أم عاما كصيغ الالتزامات وقرائن الأحوال العرفية والمعيار فيما لم ينص عليه من أموال الربا . فمن هذا أن المنصوص عليه فى كتب المذهب حلول الثمن ما لم ينص على تأجيله . ومع ذلك فقد ذكر فى الأشباه أنه لو باع التاجر فى السوق شيئا بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما ، انصرف اليه بلا بيان ، قالوا لأن المعروف كالمشروط ا هـ . ويكفى من الشواهد لهذا ما تقدم فى اشتراط العموم فى العرف .

(١) جـ ١ ص ١٧٧ .

المقال السادس

العرف والعادة فى الفتيا والقضاء

الفتيا كالقضاء فى أنهما بيان لأحكام الله ، غير أن الفتيا بيان بطريق الإخبار عنه ، والقضاء بيان بطريق الإلزام به . وللعرف والعادة أثر فيهما من وجهين : أخذ الحكم من نصوص الفقهاء ، والتحكيم فى الوقائع . فالكلام فى بحثين :

البحث الاول

أخذ الحكم من نصوص الفقهاء

الأحكام التى استنبطها المجتهدون كما قدمت ليست كلها محكمة بحيث لا يطرأ عليها تغيير ، بل منها ماهو مبنى على العرف والعادة الغالبة . وذلك لا يبقى إلا ريثما يبقى مابنى عليه ، فإذا تغيرت العادات تغيرت الأحكام ، فالمجتهد فيها إنما يستنبط لزمانه . وهناك شيء آخر هو أن المجتهد مهما بذل الطاقة لايمكنه أن يستنبط أحكاما لجميع مقتضيات الناس على مر الأزمان ، بل كل ما يمكنه هو كفاية مقتضيات زمانه ، ووضع القواعد التى اتبعها فى اجتهاده ليسير عليها أتباعه . لذلك كان لا بد له من خلفاء يستثمرون اجتهاداته بما يجعلها مسايرة لأحوال الناس وهم المفتون والقضاة ؛ فكان عليهم أن ينقحوا الأحكام المبنية على العادة بواسطة التغيير والترجيح ليجاروا بها عرف الناس ، وكان عليهم كذلك أن يخرّجوا على قواعد المجتهد الأحكام التى تناسب مايجد من الحوادث والتى فيها رعاية للعرف القائم ، بحيث تحفظ مصالح الناس وتصون حقوقهم ، وهم فى جميع ذلك كما قال ابن القيم إنما يخبرون بحكم الله كما فهموه من قواعد إمامهم ، فلزم عليهم أن يكونوا على علم كامل بالحكم والواقعة حتى يكونوا صادقين فيما يخبرون عن المذهب الذى اختاروه .

فلكى يعرفوا الحكم يجب أن يعلموا مآخذ إمامهم وقواعده المدونة فى كتب أصول الفقه ، وقواعده فيعلموا من بينها قاعدة العرف وشروط اعتباره وأحكامه بحيث يكونون متمكنين من التخريج وترجيح بعض الآراء على بعض ، وهذا قدر متفق عليه بين علماء المذهب ، حكى ابن الهمام وصاحب مسلم الثبوت [1] الإجماع عليه . وقد نقل السراج الهندى عن أبى يوسف وزفر وغيرهما من الأصحاب : لا يحل لأحد أن يفتى بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا ، فإذا لم يكن المفتى على علم بالمآخذ والقواعد بل له إلمام بالأحكام فقط لا يحل له أن يفتى بغير المنصوص ولا بغير ما رجحه العلماء منه فى الكتب المعتبرة ، بل يحكى ما يحفظ من أقوال الفقهاء بطريق الرواية وبشروطها . قال ابن عابدين فى رسالته رسم المفتى [2] : نعم قد توجد حوادث عرفية غير مخالفة للنصوص الشرعية فيفتى بها . ا هـ .

أما الواقعة فلكى يكون على فقه كامل بها يجب أن يعرف أحوال الناس وعرفهم القولى والفعلى وأنه عام أو خاص ، ويسأل المستفتى عن عرف بلده والظروف المحيطة بحادثته ، فإن ذلك ملاك جلية الوقائع ، لاسيما القرائن العرفية فإن لها أثراً كبيرا فى فهم حقائق الأشياء والتمييز بين الحق والباطل . ونقل فى التبصرة عن الرحلة لابن رشد : ولا يحل للمفتى أن يفتى بما يتوقف على العرف إلا بعد معرفته العرف . قال شهاب الدين القرافى : وينبغى للمفتى إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذى فيه المفتى ، لا يفتيه بما عادته يفتى به حتى يسأله عن بلده ، وهل حدث له عرف فى ذلك البلد موافق لهذا البلد فى ذلك اللفظ اللغوى أم لا ، وإن كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد أم لا ، وهذا أمر متعين لا يختلف فيه العلماء ، وإن الحادثتين متى كانتا فى بلدين ليسا سواء فى العرف ، فإن حكميهما ليسا سواء ا هـ .

إذا وضح هذا فلا يجوز للمفتى أن يفتى بغير ما يقتضيه عرف من وقعت له الحادثة كالمسطور فى كتب المذاهب مما يخالف العرف القائم ، فإن ذلك موجب للعصيان وموقع فى أشد الآثام ، لأنه يجر إلى الحكم بغير ما أنزل الله ، ولأنه دخول فى الفتوى ممن لم يتأهل له .

---

(١) التقرير جـ ٣ ص ٣٤٦ . وشرح المسلم جـ ٢ ص ٤٠٤ .

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ٣٤ .

ويجب كذلك أن يكون فقيه النفس له فراسة صادقة بمقاصد المستفتين لئلا يتخذ ذريعة إلى الضرار وقضاء مآرب خبيثة ، وليفتيهم من أحكام الشرع بما فيه الاستصلاح والعدالة ، فكثيرا ما نرى التهم تلفق والدعاوى الصورية ترفع لا لشيء إلا للإضرار وأكل أموال الناس بالباطل .

قال فى فتح القدير [1] عند قول الهداية : ولو أكل لحما بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيرا يفطر ، وقال زفر : يفطر فى الوجهين ا هـ ما نصه :

التحقيق أن المفتى فى الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس ، وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجناية ، فينظر إلى صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبى يوسف ، وإن كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر ا هـ .

ولابد من أن يتتلمذ للفتوى على أستاذ ماهر ليستفيد مرانة على هذا المنصب ، إذ لا يكفى فيه حفظ الأحكام والدلائل . قال فى آخر منية المفتى : لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لابد أن يتتلمذ للفتوى حتى يهتدى إليها ، لأن كثيرا من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة ا هـ والقاضى كالمفتى فى جميع ما تقدم .

ثم إن ما خالف فيه المفتون الأئمة الأول وما خرجوه على قواعدهم من الأحكام التى اقتضاها العرف الحادث أو فساد الزمان ، ليس تجديدا للاجتهاد ولا خروجا عن مذاهب الأئمة حتى يقال إنه رأى المفتى وإن نسبته الى الامام كذب : لأن ذلك كله مقتضى قواعدهم ومأذون به منهم ، فإن مراعاة العرف وتغير الزمان والضرورات اللاحقة بالناس قاعدة أحكمها الفقهاء وناسبت قواعد الشرع الحكيم . وكذا ترجيح بعض الآراء الفقهية بالعرف وتغير الزمان والمصلحة ولو كان رأيا خارجا عن المذهب تنطق به أقوال مشايخ المذهب الحنفى وأعمالهم .

قال المفتى قاضيخان : وإن كانت المسألة مختلفا فيها بين أصحابنا ، فإن كان مع أبى حنيفة أحد صاحبيه يؤخذ بقولهما ، وإن خالفه صاحباه فى ذلك فإن كان اختلافهم

(١) جـ ٢ ص ٦٦ .

اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة ، يؤخذ بقول صاحبيه لتغير أحوال الناس . وقال الشيخ قاسم قطلوبغا تلميذ ابن الهمام[1] فى التصحيح ؟ قلت : يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس ، وما هو الأرفق بالناس ، وما ظهر عليه التعامل ، وما قوى وجهه . ونقل ابن عابدين فى رسم المفتى عن ابن نجيم فى رسالته رفع الغشاء : ولا يرجح قول صاحبيه أو أحدهما على قوله إلا لموجب ، وهو إما ضعف دليل الامام ، وإما للضرورة والتعامل كترجيح قولهما فى المزارعة والمعاملة ، وإما لأن خلافهما له بسبب اختلاف العصر والزمان وأنه لو شاهد ما وقع فى عصرهما لوافقهما كعدم القضاء بظاهر العدالة .

ورأينا المتأخرين من الحنفية يرجحون قول الشافعى بالضمان فى إتلاف منافع الوقف واليتيم لفساد الزمان وغلبة أكل الأموال بالباطل مع اعترافهم بقوة وجه مذهبنا كما يأتى فى فصل التعدى .

ومن ذلك أن مذهبنا فى زوجة المفقود أنه يفرق بينه وبينها بعد تسعين سنة أو بموت أقرانه فى بلده . ومذهب مالك التفريق بعد أربع سنين . ومع ترجيحهم لمذهبنا كما فى فتح القدير لم يمنعوا من الفتوى بمذهب مالك عند الداعية . قال القهستانى : لو أفتى فى موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن اه .

ومن ذلك أن مذهبنا فى ممتدة الطهر التى بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها : إنها تبقى فى العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض ولو استغرق ذلك عمرها . وقال مالك تنقضى عدتها بسنة من تاريخ الطلاق . قال فى البزازية : الفتوى فى زماننا على قول مالك اه . وهذا ترجيح قيم جدا فإن مذهب الحنفيين فى زوجة المفقود وممتدة الطهر كان يناسب ذلك الزمان الأول الذى كانت القلوب فيه عامرة بسلطان الدين والأيدى فيه كريمة بالخير ، فكانت المرأة تستطيع أن تظل مدة طويلة حافظة لعهد زوجها مأمونة العوز لاتخشى عليها الريبة ، بخلاف هذا الزمان الذى ضعف فيه الايمان وندر فيه المحسنون مما لا تستطيع المرأة معه البقاء طيلة هذا الزمان من غير أن تتعرض للحاجة أو تستهدف لما يخدش الكرامة . ومن ذلك أن ظاهر الرواية عن الامام وصاحبيه أن هلال رمضان لا يثبت فيما إذا كانت

(1) فى تصحيح القدورى : فان قلت قد يحكون أقوالا من غير ترجيح وقد يختلفون

السماء صافية إلا بإخبار جمع عظيم تقع غلبة ظن الثبوت بخبرهم ، وعددهم مفوض إلى رأى القاضى ، لأن الكثير من الناس يتوجهون بأبصارهم إلى السماء عادة لالتماس هذا الأمر الدينى العظيم ، والمفروض أن لا مانع من غيم أو غبار ، فتفرد الواحد والاثنين بالرؤية مظنة الغلط . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يكتفى بشاهدين ، قال فى البحر : وينبغى العمل على هذه الرواية فى زماننا ، لأن الناس تكاسلت عن ترائى الأهلة . وحينئذ فليس فى شهادة الاثنين تفرد من بين الجم الغفير حتى يظهر غلط الشاهد ، فانتفت علة ظاهر الرواية .

وبهذا كله يتبين لنا أن رجحان الرأى كما يكون بالدليل يكون برعاية العرف وأحوال الزمان .

ويجب أن يسلك هذا السبيل فى الموازنة بين المذاهب ، كما يجب أن يبحث الموازن عن عرف صاحب المذهب والظروف القائمة فى زمانه حتى يغدو حكمه على رأيه بالقوة أو الضعف سديدا ، وحتى يكون هذا العلم أداة نافعة للبحث عن الآراء الفقهية القوية التى تدبر بها أمور الناس وتصان بها حقوقهم ، وبهذا تدوم على الفقه حياته وجدته .

ثم إن فتوى المفتى التى خالفت نص الإمام للأسباب المقدمة ليست عين مذهبه ، بل هى مقتضى مذهبه ، لأنها لم ترو عنه بذاتها ، بل استنبطت من قواعده ، فلا يقول المفتى الحنفى مثلا قال أبو حنيفة إلا فيما روى عنه . نعم يصح أن يسمى مذهبه ، بمعنى أنه قول أهل مذهبه أو مقتضى مذهبه .

وبعد ، فإن ما ورد فى هذا المقال والذى قبله لدليل واضح على غنى نصوص الفقه وقضائها لمصالح الناس وقدرتها على حل مشاكلهم على اختلاف أزمانهم وأقطارهم وجنسياتهم . وهذه سنة سلفنا الصالح وعمل فقهائنا الأعلام الذين فطنوا إلى حكمة الشارع وراعوا مقاصد الدين فى كل زمان ومكان ، فاختاروا من الأحكام ما فيه مصالح العباد وسد ذرائع الفساد ، وما فيه صيانة حقوق الخلق والخالق . رسخت عندهم عقيدة ثابتة يحس بعهد الإسلام من جحدها ، وهى أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، فأعملوا ملكاتهم فى أحكام المجتهدين ، ورجحوا منها

ما يدبر الأمر ويحفظ العدالة ولا يخرج عن قوله سبحانه « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » .

أفبعد هذا يليق أن يرمى شرع الله ويتهم فقه المسلمين بالقصور عن مقتضيات العصر ومجافاة مصالح الناس فى هذا الزمان ، ثم يميل أولئك الأفاكون المبطلون الى اختيار أحكام من الشرائع الغربية فيحكمونها فى أموال الناس وأعراضهم ودمائهم ! . يؤثرون لتحقيق العدل بين الناس وإخراجهم من العنت والعدوان أحكاما هى من عمل الإنسان المحدود التفكير الذى يؤثر فيه الزمان والمكان والشهوات والغايات على أحكام السماء التى شرعها العلام بمصالح العباد ما كان وما يكون أحكم الحاكمين بما يصون العدل ويحق الحق . لقد علم أولئك الملحدون مزايا حكم الإسلام وسيئات حكم الشيطان من أكل أموال الناس بالباطل والتلاعب بالحقوق وانتشار المظالم والفسوق ، وعلموا كذلك ما جره الحكم بالقوانين الوضعية فى بلاد الاسلام على أبنائه من الويلات والنكبات بعد ما كان يتمتع بقوة ومنعة ملاكهما الفصل فى المظالم بحكم الشريعة المطهرة .

على أن هذه القوانين التى يدّعون لها العصمة والاستقامة ليست إلا مقتطفات من فقه المسلمين مضافا إليها ما ارتضته أهواء الفجور وأغراض المطامع . أجل : فلقد امتد ظل الإسلام على بلاد المغرب وأسبانيا وجنوب فرنسا ، وكان المذهب المالكى هو المعمول به فى هذه البلاد وكتب المالكيين منبثة فيها .

فعلى علماء الفقه أن يوازنوا بين آراء المذهب فيختاروا منها ما تنصره الحجة ، وما فيه الصون لمصالح الناس والرفق بهم ، تحقيقا لقوله تعالى « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » ، « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » حتى لا نكون كأولئك المتعصبين الذين زعموا أن الحكم والفتوى وقف على أحكام معينة ، فخلقوا المتاعب لدينهم وبلادهم . وحتى نحمل الناس على الوسط والاعتدال فيما يليق بالجمهور ، من غير جنوح الى الشدة بتتبع ما فيه حرج ، ولا ميل الى الانحلال الذى قد يجر إليه تتبع الرخص ، فإن ذلك مقصد الشارع سبحانه كما يشير إليه قوله صلى الله عليه وسلم « إن منكم منفرين » ، وقوله « سددوا وقاربوا » ، وقوله « القصد القصد تبلغوا » . قال أبو إسحاق الشاطبى : المفتى البالغ ذروة الدرجة هو الذى يحمل الناس على المعهود

الوسط فيما يليق بالجمهور . وقال : إذا ثبت أن الحمل على التوسط هو الموافق لقصد الشارع ، وهو الذى كان عليه السلف الصالح ، فلينظر المقلد أى مذهب كان أجرى على هذا الطريق فهو أخلق بالاتباع ، وأولى بالاعتبار ، وإن كانت المذاهب كلها طرقا الى الله ، ولكن الترجيح فيها لابد منه ، لأنه أبعد من اتباع الهوى كما تقدم ، وأقرب الى تحرى قصد الشارع فى مسائل الاجتهاد . وبين رحمه الله أن العوائد[1] مما يعرف به التوسط . وفق الله المصلحين الى ما فيه رحمة للعالمين من أحكام الله .

ثم إن ما بنى من الفتاوى على العرف يتغير حتما بتغيره ، على وزان ما قلت فى نصوص المجتهدين ؛ لأن صاحب الفتوى ما أفتى بها إلا مناسبة للعرف الذى كان فى زمانه .

(١) انظر الموافقات ج ٤ ص ٢٥٨ ، ٢٦٠ و ج ٢ ص ١٦٨

البحث الثانى

تحكيم العرف فى الوقائع

لا نزاع فى تحكيم المفتى للعرف فى الوقائع ، لإظهار الحق من الباطل ، وتمييز الحلال من الحرام ؛ كالضمان وعدمه بهلاك الودائع وما هو من قبيل الأمانات فإنه يحكم فيه العرف فى الحرز والحافظ ، حتى لو أحرز النقود والمصوغات فى حرز الأمتعة أو أحرز الأمتعة فى حرز الحطب كان ضامنا ، ولو أحرزت بحرزها العرفى لم يضمن ، ولو أودعها عند زوجته أو أولاده لا يضمن ، ولو أودعها عند أجنبى ضمن عملا بالقرينة العرفية . ومن ذلك جواز التقاط المال على سبيل التملك أو الرد على مالكه حيث ينظر فيه الى العرف ، فإن كان حقيرا جرت العادة أن مالكه لا يأبه ولا يلتفت إليه جاز تملكه والانتفاع به ، وإلا لا يجوز التقاطه إلا لتعريفه ورده . ومن هنا قالوا : تعريف نحو التمرة وكسرة الخبز من الورع البارد . ومن ذلك مدة اللقطة التى يحل بعدها الانتفاع بها فإنه ينظر فى مقدارها الى العرف فيما يناسب كل لقطة ويعلم أن صاحبها لا يطلبها بعدها .

وكذا القاضى يعمل بالعرف ؛ وذلك فى ثلاثة مواضع : الأول فى الامتناع من سماع الدعوى . الثانى : الحكم بمقتضى الألفاظ العرفية وحمل صيغة الدعوى على ما يفهم عرفا . الثالث : فى ترجيح من له القول عند النزاع وعدم البينة .

الموضع الأول : يمتنع القاضى من سماع الدعوى ، بمعنى أنه لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عنها عند اقترانها بما يكذبها فى العادة ، لأن هذه القرينة تدل على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ظاهرا . قال فى البحر [1] عن خزانة الأكمل : إن هشاما قال فى نوادره عن محمد : رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس ببيته إلا بورية .

---

(1) جـ ٧ صـ ٢٤٨ .

(حصير من القصب) ملقاة، صار بيده غلام عرف باليسار، وعلى عنق العبد بدرة أى كيس فيها عشرون ألف دينار، فادعاه رجل عرف باليسار، وادعاه صاحب الدار، فهو للذى عرف باليسار. ونقل ابن الغرس فى الفواكه البدرية عن المبسوط: رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى، ثم ادعى، لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً. اه وشرط ابن الغرس فى صحة الدعوى أن يكون المدعى محتمل الثبوت عادة. وقال ابن نجيم فى البحر: وقد استنبطتُ من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به فى كتب الشافعية. وقال: إنه لا يدرى هل ما قاله ابن الغرس منقول عن المتقدمين أو تفقه منه. وعلى كل حال فالفقه فى المسألة صحيح يدل عليه كلام أصحاب المذهب كما تقدم عن الإمام محمد، وهو مذهب المالكية. وقد عول عليه ابن القيم فى الطرق الحكمية، ونقله عن الاصطخرى الشافعى، ومثّل له بأن يدعى الدنىء استئجار الأمير أو ذى الهيئة والقدر لعلف دوابه وكنس بابه.

وعلى هذا يتخرج الامتناع من سماع الدعوى إذا تركها صاحبها المدة الطويلة من غير عذر، كالصغر والغيبة وكون العين موقوفة، حيث لا ولى ولا وكيل، مع وضع المدعى عليه يده على العين وتصرفه فيها بغير البيع، أما التصرف به ففيه تفصيل لا نطيل بذكره. وإنما لم تسمع فى هذه الحالة لأن العرف يكذبه ويدل ظاهراً على أنه لا حق له، إذ المعتاد أن الإنسان لا يسكت عن المطالبة بملكه مدة طويلة مع التمكن واستيلاء الغير عليه. وليس هذا قضاء بسقوط الحق بالتقادم حتى يحكم ببطلانه كما نص عليه فى الفقه، بل هو منع من سماع الدعوى لما تقدم.

وقدر فقهاؤنا المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة فى الأوقاف والمواريث، وبخمسة عشر فى غيرهما؛ وقدرها المالكية فى العقار بعشر سنين. ويستفاد من البحر أن التقدير عندنا لنهى بعض السلاطين قضاته عن سماع حادثة بعد هذه المدة، ولكن نص فى تكملة رد المحتار على أنه اجتهادى. أما المالكية فقدروها لتقديرهم حديثا عنه صلى الله عليه وسلم قال كما فى الشرح الكبير «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»[1].

---

(١) انظر فى هذا البحث رد المحتار أول كتاب الدعوى. والبحر جـ ٧ ص ٢٤٧. وتكملة رد المحتار جـ ١ ص ٤٥٤ والطرق الحكمية ص ١١٢، والدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٨.

الموضع الثانى : الحكم بمقتضيات الألفاظ الواردة فى العقود كالبيع ، فلو كان المبيع أرضا وتنازعا فيما يتبعها عرفا حكم للبائع . وكذا حمل صيغة الدعوى على العرف سواء أكان المدعى عقارا أو منقولا أو دينا عقدا أو فسخا . قال فى معين الحكام ص ١٢٥ : قاعدة : كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه . اهـ لكن ذكر ابن نجيم فى الأشباه ص ٤٠ أن دعوى النقود لا تحمل على العادة القائمة . وفرع على ذلك أن المدعى لو كان نقدا وفى البلد نقود مختلفة المالية وأحدها أروج ، لا يحمل على النقد الغالب كما فى البيع ، بل لا بد لصحة الدعوى من بيانه بالجنس والصفة ؛ لأن الدعوى إخبار عن وجوب مال سابق ، فمن الجائز أن يكون العرف الغالب وقت الدعوى متأخرا عن وقت الوجوب ، فيكون تقييدا بالعرف الطارىء ، وتقدم أن من شروط العرف أن يكون موجودا وقت التصرف . وذلك بخلاف البيع وغيره حيث قالوا فيه : يحمل العوض على النقد الغالب لأنه إنشاء فى الحال ، فتحققت المقارنة بين العرف وما قيده . قال فى تكملة رد المحتار من أول الدعوى عن فصول العمادى: إذا كان فى البلد نقود وأحدها أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين . اهـ .

هذا ولكن ذكر صاحب الذخيرة كما نقله البحر [1] من أول البيوع عنه : أن الدعوى فيما إذا كان فى البلد نقد غالب تحمل عليه لأن البيان العرفى كالبيان اللفظى ، إلا إذا طالت المدة بحيث تغير العرف ولا يعلم النقد الذى كان غالبا وقت الوجوب فحينئذ لا بد من البيان باللفظ .

وعندى أن هذا التفصيل رأى وجيه ، لأن السبب فى عدمُ الاكتفاء بالبيان العرفى فى الدعوى احتمال تأخر العرف عن سبب وجوب المال المدعى ، فإذا قصرت المدة بين سبب الوجوب والخصومة يتلاشى هذا الاحتمال ، لا سيما وأن تركيز العرف بين الناس يفتقر إلى زمان .

الموضع الثالث : يرجح القاضى بالعرف من يكون القول له من المتداعيين لقوة جانب من يشهد له العرف ، لأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل . واليمين لكونها حجة ضعيفة إنما شرعت على أقوى المتداعيين . ويستثنى من الترجيح بالعرف ما إذا كان أحدهما خارجا والآخر ذايد ؛ لأن شهادة اليد التى هى سبب

---

١ — جـ ٥ ص ٢٠٤ .

الملك أقوى من شهادة العرف ؛ وما إذا كانت العين فى يد ثالث ، لأنه إنما يرجح بالعرف عند الاختلاف فى العين بعد ثبوت سبب الملك، وهو اليد لكل منهما ؛ وذلك كما إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت حيث يرجح القاضى قول كل منهما فيما يصلح له عرفا ، فيقضى به له بيمينه ، لأنه وإن كان لكل واحد من الزوجين يد على ما فى البيت ، لكن يد من شهد له العرف أقوى وأظهر ، لأنها يد اختصاص بالاستعمال والتصرف ، ويد الآخر يد استيلاء فقط ، فيقضى للمرأة بنحو ثيابها والحلى ، وللرجل بنحو ثيابه ، والسلاح والفرس . ومحل هذا إذا لم يكن أحدهما صانعا أو متجرا فيما يصلح للآخر فيكون القول له فيه ، كما فى الكفاية والتبيين . وكذا يرجح قولها فى مقدار الجهاز بما يصلح لها عند أبى يوسف : لأن العرف أنها تأتى بالجهاز فكانت يدها فيه أظهر . وقال أبو حنيفة : كل ما يصلح لها فالنزاع فيه نزاع خارج مع ذى يد وهو الزوج ، فيقضى له ، لأن المرأة وما فى يدها فى يده .

ومن هذا ما إذا اختلف رجلان فى سفينة بها دقيق ، فادعى كل واحد السفينة وما فيها ، وأحدهما يعرف ببيع الدقيق ، والآخر يعرف بأنه ملاح ؛ فالدقيق للذى يعرف ببيعه ، والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح . ومنه مالو تنازع الأب وابنته فى متاع ساقه إلى بيت زوجها ، فقال : هو عارية ، وقالت : بل هبة ، فالقول لمن يشهد له عرف البلد ، على ماعليه الفتوى . إلى كثير من أمثال هذا .

ويظهر أن هـــذا الترجيح أغلبى ؛ فقد قال فقهاؤنا فيما لو اختلف عطار وإسكاف فى آلة العطارين والأساكفة وهى فى أيديهما : إنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجحوا بالعرف . وقد حاول صاحب العناية الفرق بين هـذا الفرع والاختلاف فى الجهاز بأن الترجيح فى الجهاز كان بيد الاستعمال المشاهد ، والموجود هنا الصلاحية فقط . ورد عليه فى الحواشى السعدية وتكملة الفتح بأن المنصوص عليه فى مسألة الجهاز كفاية الصلاحية . وعندى أنه ينبغى الترجيح بالعرف هنا حيث لم يظهر مانع منه .

والترجيح بالعرف مذهب المالكية أيضاً ؛ فقد قال صاحب التبصرة[1] بعد ما قرر أن المذهب القضاء بالعرف والعادة : وهـذا أصل لا مناقضة فيه على

(١) ج ٢ ص ٥٩

المذهب حتى قال أئمتنا رضى الله عنهم : لو اختلف عطار ودباغ فى المسك والجلد، أو اختلف الفقيه والحداد فى القلنسوة والكير ، أو تنازع رجل وامرأة رحا يتجاذبانه ، فالقول فى هذا كله قول من شهد له العرف والعادة مع يمينه .

أما الشافعية فلا يرجع بالعرف عندهم ؛ فنى مسألة الزوجين يحلف كل منهما للآخر على ما بيده ، ويقسم المتاع بينهما إن لم تكن هناك بينة .

احتجوا فى مسألة الزوجين بقوله صلى الله عليه وسلم كما عند البيهقى : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فانه يدل على أن من ادعى شيئا كان عليه البينة ولا يمين عليه وإن شهد له العرف . وأجاب فى تهذيب الفروق بالفرق بين المدعى والمدعى عليه بأن المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أحدهما . ويقرب من هذا قول بعض فقهائنا : المدعى من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر . وعليه فلا مخالفة للحديث ، لأن من ادعى شيئا وشهد له العرف ، ثبتت له يد اختصاص ، وصار مدعى عليه [1] .

لا يقضى بالعرف بلا يمين

أما القضاء بمجرد العرف بلا يمين فلا يصح ؛ لأنه قضاء بمجرد الظاهر، والظاهر لضعف دلالته على الحق واحتمال غيره معه احتمالا قويا لا يصلح حجة للإثبات . اللهم إلا فى أشياء يدل العرف فيها على الحق دلالة واضحة بحيث تقرب من القطع ويضعف معها الاحتمال ، كقول الصاحبين فيما إذا اختلف الصانع ورب الثوب فى أصل الأجر بعد الفراغ من العمل ، حيث حكم أبو يوسف عادة الصانع مع صاحب الثوب ، فإن كان من عادته أن يعمل له بالأجر قضى به ؛ وحكم محمد عادة الصانع مع الناس ، فإن كان معروفا بهذه الصنعة بالأجر أخذ بقوله ، لأنه لما فتح

---

(١) انظر تكملة الفتح وتكملة رد المحتار والبحر من آخر باب التحالف ، والتبصرة ج ٢ ص ٥٨ وتهذيب الفروق ج ١ ص ١٨٩ والزيلعى أول كتاب الدعوى ومهذب الشيرازى ج ٢ ص ٣٢٥ .

الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه. قال خواهر زاده : الفتوى على قول محمد. قالوا : ومن هذا القبيل كل صانع نصب نفسه للأجر، وكل شيء أعد لتحصيله كالفنادق والحمامات. ومن ذلك الخط في الصكوك والمستندات التي يكتبها الناس فيما بينهم، فقد أفتوا باعتباره لا سيما من البياع والسمسار والصراف كما في رد المحتار عن المجتبى ج ٤ ص ٥٤٨ لأنه حجة فيما كتبوه على أنفسهم في العرف، حتى لو أنكره صاحبه عد بينهم مكابرا ؛ ولأن الخطوط قلما تتشابه من كل وجه، والتزوير فيها وإن كان محتملا لكن ينبغي أن لا يكون سبيلا إلى تعطيل مصالح الناس واختلال نظام المعاملات، وبخاصة بين التجار حيث اطرد العرف بينهم بإثبات الحق بالخط. على أن علم فحص الخطوط وتحليلها قد تقدم فأصبح من السهل على أهل الخبرة معرفة التزوير.

وعند المالكية كما قال القرافي في التنقيح : يقضى بالعرف، وفروعهم الكثيرة تشهد بهذا، كاختلاف الزوجين في الإنفاق إذا كانت الزوجة في بيت الزوج، حيث لا يقضى بالنفقة لما مضى ؛ وكاختلاف المتبايعين في قبض الثمن إذا كانت السلعة المبيعة مما جرى العرف فيه بتسليم الثمن عند البيع. واستدلوا عليه بأن القضاء به قضاء بالطرف الراجح فيصح كالقضاء بالبينة. والجواب : أن الشارع إنما يبني القضاء على الأسباب التي تفيد العلم بالحق أو غلبة الظن به، والبينة من هذا الباب لغلبة صدقها ودلالتها على الحق في الواقع، بخلاف العرف فإن دلالته على الحق ضعيفة، وإن قويت في بعض الأشياء فذلك قليل نادر، ومع هذا فقد راعاه المفتون محافظة على الحقوق كما تقدم.

لا يقضي القاضي بعلمه لفساد الزمان

علم القاضي هو ما يستفيده من مشاهدته بنفسه الحادثة التي يراد الحكم فيها.

ظاهر الرواية عن أصحاب المذهب أن القاضي يقضي بعلمه في غير الحدود الخالصة لله تعالى كدعاوى الأموال والزوجية والقصاص وحد القذف والسرقة في حق المال لا في حق القطع.

والحجة لهذا دلالة النص والإجماع على جواز القضاء بالبينة ، لأن المعنى فيه أن القاضي يحصل له بالبينة غلبة ظن الصدق ، فيدل بطريق الأولى على جواز القضاء بعلم القاضي المستفاد من الحس ؛ لأن الحاصل له به هو القطع واليقين ، إلا أنه لا يقضي به في الحدود الخالصة ، لأن الحدود يحتاط في درئها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، لأنه لما لم يكن لها مطالب من قبل العباد كان متهما بإقامته بغير حق ، وهذه التهمة من الشبهات .

وأفتى المتأخرون بأن علم القاضي لا يكون طريقا للقضاء في جميع الحوادث لفساد الزمان ؛ فلقد غلب الظلم وكثرت العداوات والأحقاد بحيث أصبح القاضي مشكوكا في صدق دعواه العلم بالحادثة ، متهما في قضائه بعلمه . فعملا بالاحتياط في أمر الدماء والأعراض والأموال عمل المتأخرون بخلاف ظاهر الرواية . وقال في حاشية الحموي عن ابن سماعة : إن محمدا رجع عن رأيه الأول إلى هذا القول . قال في الأشباه : إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه أنه لا اعتبار لعلم القاضي . وفي جامع الفصولين : إن الفتوى عليه .

نعم له أن يعمل بعلمه في أشياء على وجه الحسبة لا القضاء ، كأن يعلم بطلاق امرأة أو غصب مال ، فله أن يحول بين المرأة وزوجها ، ويضع المال المغصوب تحت يد أمين حتى تثبت بوجه شرعي .

المقال السابع

تعارض العرف واللغـــة

المراد باللغة : الألفاظ المستعملة فى معانيها بأصل الوضع ، سواء قلنا إن الواضع هو الله أو البشر . فإذا توافق العرف واللغة بأن دل على عين ما دلت عليه فلا كلام لنا فيه ، وهو المسمى بالعرف المقرر ، كانعقاد البيع والإجارة بلفظيهما فإنه لغة وعرف ؛ وإن تعارضا بأن دل العرف على خلاف ما دلت عليـه اللغة فى القول تفصيل ؛ لأن العرف إما قولى أو عملى . فالكلام فى بحثين :

البحث الأول : العرف القولى

حكى الأصوليون الاتفـاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولى وترك الحقيقة له : لأن المتكلم أصبح لايقصد المعنى اللغوى، فلا يكون مخاطبا به ولا ملتزما له ، لا فرق فى ذلك بين العرف العام والخاص والشرعى ، كالدرهم على النقد الغالب ، وهى حرام بمعنى طالق . هكذا قال الأصوليون . لـكن يظهر من تتبع كتب الفقه أن الشافعية لم يتفقوا على هذا الرأى فى كل الفروع . قال جلال الدين السيوطى فى الأشباه ص ٦٦ : « فصل فى تعارض العرف مع اللغـة : حكى صاحب الـكافى وجهين فى المقدام : أحدهما وإليه ذهب القاضى حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى ، والثانى وعليه البغوى : الدلالة العرفية، لأن العرف محكم فى التصرفات لا سيما فى الأيمان . قال وقال الرافعى فى الطلاق : وإن تطابق العرف واللغة فذاك وإن اختلفا فـكلام الأصحاب يميـل إلى الوضع ، والامام والغزالى يريان اعتبار العرف . وقال فى الأيمـان ما معناه : إن عمت اللغة قدمت على العرف » . اهـ

وقد يتوهم أن اختلاف مشايخهم فى العرف العملى ، لـكن السيوطى ذكر من الفروع ما يفيـد أنه فى العرف القولى ، قال : ولو قال « أعطوه بعيرا لا يعطى ناقة على المنصوص . وقال ابن شريح : نعم لاندراجه فيها لغة. وقال : وصى للقراء فهل

يدخل من لا يحفظ القرآن ويقرأ فى المصحف أولا ؟ وجهان ، ينظر فى أحدهما إلى الوضع ، وفى الثانى إلى العرف ، وهو الأظهر » . ا ﻫ

فهذا النقل يدل على أن حكاية الإجماع من الأصوليين قد لا تسلم لهم ، لكن لما كان العمل باللغة وترك العرف عند الشافعية غير مطرد بل هو قليل ومعظمه ذو وجهين ، أمكن الأصوليين أن يحكوا الاتفاق ، فيؤول بالنسبة للشافعية بأنه على القول المشهور لهم .

هذا وأفاد السيوطى أن اختلاف الشافعية فيما إذا تعارض العرف واللغة العربية ، أما إن تعارض مع الأعجمية فالاتفاق منهم على تقديم العرف إذ لا وضع يحمل عليه . وعندى أن هذا الفرق غير ظاهر إذ لكل لغة وضع أصلى وعرف طارىء . وتفريعا على تقديم العرف القولى قال العلماء : إن الأسماء الشرعية إذا استعملها أهل الشرع من الفقهاء والأصوليين فى كتبهم ومخاطباتهم كانت حقائق شرعية تحمل على معانيها الشرعية بلا قرينة تصرف اليها ، وإذا استعملوها فى المعانى اللغوية كانت مجازات لأنهم وضعوها لهذه المعانى فيكون استعمالهم إياها فيما وضعت له ، فتكون حقائق لا تفتقر فى الفهم إلى قرينة . غير أن الوضع إن كان لمناسبة بين المعنى الشرعى واللغوى كانت منقولة ، وإن كان بغير مناسبة كانت مرتجلة .

البحث الثانى

العرف العملى

قدمت فى تعارض العرف مع النصوص أن العرف العملى إذا عارض اللفظ المطلق قيده باتفاق ، وإذا عارض العام اختلف فى أنه يخصصه أولا ، فأثبته الحنفية ، ونفاه الجمهور ، وبسطت هناك وجهة كل ، ووعدت بتحقيق مذهب المالكية فى تعارض العرف مع العام . وهنا أنجز موعدى بتوفيق الله مع إعادة ذكر مذهب الحنفية ، لأن فيه شيئا من المناقشة والتفصيل .

مـذهب المـالـكية :

ذكر القرافى فى الفروق ج ١ ص ٧٧ : أن اعتياد بعض أفراد اللفظ لا يقضى عليه ، ومثله بلفظ الثوب فإنه صادق لغـة على ثياب الـكتان والقطن والحرير والوبر والشعر ، وأهل العرف إنمـا يستعملون فى الثياب الثلاثة الأول دون الآخرين . قال : فهذا عرف فعلى . واعتل لعـدم تأثيره فى اللفظ بأن ترك مباشرة معنى لفظ لا يخـل بوضع اللفظ له ، فإنا لم نباشر الياقوت ، ولم يخل ذلك بوضع لفظ الياقوت له . وعضده بحـكاية الإجمـاع على ذلك ، وبنى على رأيه فساد تعليل الفقهاء باعتياد الفعل فى مسألتى ما لو حلف لا يأكل رأسا يحنث برءوس الأنعام ، ولو حلف بأيمـان المسلمين يلزمـه الطلاق والعتق والصيام والحج ، لغلبة الحلف بهذه الأشياء . وقال : إنمـا كان ذلك لغلبة الاسم لا لغلبة الفعل . وتابعه على رأيه خليل بن إسحاق المـالـكى .

ولـكن جمهور فقهاء المـالـكيين على أن العرف العملى يخصص ويقيد ؛ قال شمس الدين الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٤٣ : « وذكر ابن عبـد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعليا . ونقل الوانوغى عن الباجى أنه صرح بأن العرف الفعلى يعتبر مخصصا أيضا . وفى القلشانى : لا فرق بين القولى والفعلى فى ظاهر مسائل الفقهاء . ا هـ .

وإذا أردنا مناقشة القرافى فيما ادعى ، رأيناه علل رأيه بأن ترك مباشرة معنى اللفظ لا يخل بوضعه له . والقائلون بالتخصيص والتقييد لم يدعوا أنه يخل بالوضع بل قالوا : إنه يبين المراد من اللفظ ويقصر حكمه على بعض أفراده ؛ أما وضعه لمعناه وتناوله لأفراده فانه باق لم يمس . ورأيناه يعضد رأيه بحكاية الإجماع ، ولا أدرى إجماع من يريد ؟ أهو إجماع الفقهاء المالـكية ؟ فقد قدمت عن الدسوقى أن البارزين منهم لا يقولون بهذا الرأى ، أم هو إجماع الفقهاء جميعا ؟ فكل من له أدنى دراية بأصول الفقه يعلم خلاف الحنفية . وإنكاره على الفقهـاء التعليل باعتبـار الفعل وتعليله هـو بغلبة الاسم لا أراه إلا فرارا . وقد أنـكر عليه ابن الشاط مسألة الثوب وقال : إن الحالف يحنث بما جرت العادة بلبسه فقط ، غير أنه قال : إن ذلك لبساط الحال . والذى دعانى الى بعض الإطالة هنا هو تحقيق مذهب المالـكية الذى يجمع كتاب الأصوليين حتى المالـكية منهم فيما رأيت على نقل غير الصحيح منه .

مذهب الحنفية : إذا تعارض العرف العملي مع اللغة فلذلك حالتان :

الحالة الأولى: أن يكون المعنى الحقيقي مهجورا والمعنى المتعارف هو المستعمل فيه اللفظ ، كقول الحالف : لا يأكل من الدقيق ، فإن المعنى الحقيقي له هو السف وهو مهجور ، والمعنى المتعارف أكل ما يتخذ منه كالخبز ونحوه ، وهو الذى استعمل فيه هذا اللفظ : وكقول الحالف : لا آكل الطعام وعادته أكل القمح ، فإن حقيقته مايطعم وهو مهجور ، وعرفه أكل البر . وحكم هذه الحالة تقديم العرف على اللغة بلا خلاف .

وقد يعكر على هذا أن عثمان بن على الزيلعى وهو من فقهاء الحنفية ، قال بعدم تقييد العرف العملي للفظ . ردد هذا فى باب الوكالة فى النكاح ، وفى باب اليمين فى الأكل والشرب من كتابه التبيين [1] قال فى باب اليمين حـ ٣ ص ١٢٨ ردًّا على فتوى الزاهد العتابى وصاحب الكافى بعدم الحنث بأكل لحم الآدمى والخنزير فيمن حلف لا آكل لحما : « ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى ؟ فإن اللفظ عرفا لا يتناول إلا الكراع وإن كان فى اللغة يتناوله ؛ ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان ، والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا » اهـ

وينبغى ألا نغتر بكلام الزيلعى ، فقد رده ابن الهمام فى فتح القدير بقول الحنفية فى أصولهم : تترك الحقيقة بدلالة العادة . وهل العرف العملى إلا نوع منها ؟ وفروع المذهب شاهدة بذلك . وإن موقف الزيلعى من مذهب الحنفية لشبيه بموقف القرافى من مذهب المالكية ، وقد وضح الحق والحمد لله . ثم هذه الحالة تسمى فى أصولنا بالهجر عادة أو شرعا . وضابط الهجر العادى : أن يتعارف الناس ترك المعنى الحقيقى مع سهولة الوصول إليه ؛ أما ما هجرت حقيقته شرعا فكنكاح الأجنبية والخصومة ، فإن حقيقتهما الزنا والمنازعة وهما مهجوران بين أهل الإسلام ، لأن المعهود أن دينهم وعقلهم يمنعانهم من اجتراح المنهى عنه ، وقد قال تعالى « ولا تقربوا الزنا » ، « ولا تنازعوا فتفشلوا » . فإذا حلف المسلم لينكحن

(١) حـ ٣ ص ١٣٥ .

أجنبية ، أو وكل مسلم آخر بالخصومة ، انصرفت يمينه إلى المعنى المجازى وهو عقد الزواج فى الأول ، وفى الثانى هو الجواب عن الدعاوى أمام القاضى ، أعم من أن يكون إقرارا أو إنكارا ، كما يشعر به معنى لفظ الجواب إذ هو كلام يقطع دعوى الخصم ويطابقه ، وسواء فى ذلك وكيل المدعى والمدعى عليه .

الحالة الثانيه : أن يكون المعنى الحقيقى للفظ فيه استعمال ، والمعنى المتعارف للفظ فيه استعمال أكثر وأشهر ، وهذه هى مسألة تعارض الحقيقة المستعملة مع المجاز المتعارف :

وأورد هنا شيئا عنها :

المجاز المتعارف : هو اللفظ المستعمل فى المعنى المجازى أكثر من استعماله فى المعنى الحقيقى . ومعنى الحقيقة المستعملة عكسه . ومعنى المتعارف : الأسبق إلى الفهم من التعارف أى التفاهم والتبادر ، وسبب هذه الأسبقية تعامل الناس هذا المعنى فان العرف متى جرى بعمل شىء خاص تبادر فهم ذلك الشىء من اللفظ الصالح له عند إطلاقه ، كما أن سبب قلة استعمال اللفظ فى معناه الحقيقى عدم شيوع التعامل بذلك المعنى . فموضوع المسألة أنه إذا كان للفظ معنيان أحدهما مجازى متعامل بين الناس ، وللفظ فيه استعمال أكثر وأشهر والآخر حقيقى ، وللفظ فيه نوع استعمال ، فأيهما يرجح ؟ قال الإمام أبو حنيفة : ترجح الحقيقة . وقال صاحباه : يرجح المجاز سواء أكان متناولا للمعنى الحقيقى أولا ، كما ارتضاه جمهور الكاتبين . ويفهم من كلام فخر الإسلام أنه لا بد من تناوله للحقيقة .

مثال ذلك : الأكل من القمح ، فإن حقيقته المستعملة أكل عينه غير نىء ، والمجاز المتعارف ما يعم الحقيقة كأكل ما يتخذ منه كالخبز ، فلو حلف شخص لا يأكل القمح ولا نية له ، انصرف الى أكل عينه عند أبى حنيفة ، وإلى المعنى المجازى عند الصاحبين . ومثال آخر : الأكل من اللحم ، فإن المعنى الحقيقى له أكل أى نوع من أنواعه ولو لحم الظباء أو الحمر الوحشية ، والمعنى المجازى المتعارف أكل ما اعتيد أكله من اللحوم ، فلو حلف لا يأكل لحما فهو على الخلاف . ومثال ثالث وهو قول الحالف : لا يشرب من النيل فحقيقته المستعملة الكرع بالفم ، كما يرشد الى ذلك لفظ

من الدال على الابتداء من غير واسطة ، ومجازه المتعارف شرب مائه على أي وجه . فالحنث في ذلك يكون على الخلاف .

ولم أجد من حرر رأي بقية الأئمة في هذه المسألة ، ولكن قال في فتح القدير في مسألة لا يشرب من دجلة : إن قول الصاحبين هو قول الشافعي وأحمد ، وعلله بأنه المتعارف المفهوم ، فلعلهما قائلان بتقديم المجاز المتعارف .

استدل الإمام بأن الحقيقة المستعملة هي الأصل أي الراجح ، والمجاز فرعها ومرجوح لها والراجح هو المقدم في الاستعمال على المرجوح .

قال الصاحبان : إن المجاز المتعارف أسبق إلى الفهم بسبب تعامل معناه بين الناس ، وما يسبق إلى الفهم أولى بالعمل مما لا يسبق ، ولا تترجح الحقيقة بالأصالة لأن محل الترجيح بها ، وحمل الكلام على الحقيقة ، إذا لم يمنع مانع ، والتبادر إلى الفهم هنا مانع قوي ، وبهذا يترجح رأي الصاحبين .

ذكر صاحب مسلم الثبوت أنه ينبغي أن يكون النزاع في الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف ، في غير ما بني على العرف ، لانصراف ما بني عليه إلى المتعارف ، ولهذا أفتوا في حلفه لا يأكل لحما بأنه لا يحنث بأكل لحم الآدمي والخنزير كما عن العتابي وصاحب الكافي ، مع أن حقيقة اللحم شاملة لها . ولا يصح هذا الكلام ، فإنه إن سلم له هذا الفرع ، فهناك فروع أخرى في باب اليمين حكوا فيها الخلاف بينهم ، مثل : لا يشرب من دجلة ، لا يأكل من الحنطة . على أن مسألة اللحم ليست من فروع قاعدة الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف ، بل من فروع التخصيص بالعادة بهجر الحقيقة ، لأن المعهود من المسلم الاشمئزاز من رؤية لحم الخنزير والإنسان ، فضلا عن تناولها ، وإذا لم يصح هذا الكلام فينبغي تقييد قاعدة : الأيمان مبنية على العرف ، بغير ما كان من قبيل الحقيقة المستعملة ، والمجاز المتعارف ، لا العكس .

ثم إن الناظر في موضوع هذه المسألة ومسألة التخصيص بالعرف يخال بينهما تدافعا ؛ فإن موضوع مسألة العرف العملي كما يفهم من لفظه شامل لما إذا كان المعنى الحقيقي مهجورا ، ولما فيه نوع استعمال ، وهو موضوع هذه المسألة ؛ إذ العرف العملي صادق بالعادة المطردة والغالبة ، وقد حكوا هناك اتفاق علمائنا

على تقديم العرف العملى . ثم حكوا هنا خلافهم فى أيهما يقدم ، فكان هذا فى بادى الرأى تضاربا فى المذهب وتناقضا فى النقل . وبعد البحث فى كلام الفقهاء وجدت أن مسألة العرف العملى خاصة بما إذا كان المعنى الحقيقى مهجورا ، وهذه فيما إذا كان فيه استعمال ، فلا تعارض بين الوفاق والخلاف . إذا عرفنا هذا أمكننا أن نميز من الفروع بين مواضع اتفاق الامام وصاحبيه وخلافهم .

هذا ولا نزاع فى ترك المعنى الحقيقى والمصير الى المجاز الأقرب إذا دلت العادة على تعذره أو تعسره . ومعنى تعذر المعنى الحقيقى عدم إمكان الوصول إليه أصلا ، ومعنى تعسره أن يمكن الوصول اليه لكن بعسر . مثال الأول : ما لو حلف لايأكل من هذا المرجل ، فإن جسم المرجل لايمكن أكله ، فيصار الى مجازه الأقرب وهو ما يحله من مطبوخ أو غيره . ومثال الثانى : ما لو حلف لا يأكل من هذه الكرمة ، فإن جسم الكرمة يمكن أكله لكن بعسر ، فيصار الى مجازه الأقرب وهو ما يخرج منها ، فإن لم يكن للكرمة ثمر بأن كانت من الصغار ، صير الى المجاز الذى يلى الأول فى القرب وهو ثمنها ، فلو اشترى به مأكولا وتناوله حنث .

ووجه ترك الحقيقة والمصير الى المجاز فى هاتين الصورتين ، أن الحمل على الحقيقة فيه إلغاء لكلام العاقل ، لأن الحلف على عدم الأكل من عين المرجل أو الكرمة مثلا ، عبث صرف إذ هو ممنوع عنه بلا يمين : وصون كلامه عن الإلغاء واجب بقدر الإمكان ، وذلك بالمصير الى المجاز . ثم إنه لامانع منه ، لأن ما يتوهم مانعا وهو أصالة الحقيقة وراجحيتها ، ساقط ، لتعذرها أو تعسرها .

وأختم هذا المقال — بحمد الله — بحكم تعارض العرف العام والخاص :

يفهم من تهذيب الفروق نقلا عن أشباه السيوطى ، أنهما إذا تعارضا قدم الخاص ؛ اللهم إلا إذا كان محصورا وعادة شخصية ، فيقدم عليه العام ، كأن يتواضع تاجر فى المعاملة على خلاف العرف العام فى الأسواق . وقواعدنا لا تأبى هذا الحكم ، لأن المعبر عن إرادة أهل العرف الخاص فى هذه الحالة هو عرفهم ، فيكون حجة لهم وعليهم ، بخلاف العادة الشخصية ، حيث لا تعبر إلا عن إرادة صاحبها ، فلا عبرة بها . أما العام فهو لأهل العرف الخاص كالأعجمية للعرب ، فلا إلزام به .

المقال الثامن

أهم الأحكام المبنية على العرف والعادة

إلى هنا فرغت بحمد الله من جمع ما استطعت الوصول إليه وبحثه من أحكام العرف . وأريد بتوفيق الله أن أبحث أهم الأحكام التى بناها الفقهاء لأضع بين يدى القارىء صورة عملية عن آثار العرف المختلفة فى التشريع ، حتى يغدو الموضوع جم النفع مبارك الثمرات . وسأرتب ذلك على مباحث الفقه إن شاء الله ، ويقع الكلام فى أربعة فصول .

﴿ تنبيه : موضع هذه القطعة أول صفحة ١٢٩ قبل الفصل الأول المعقود عليه ﴾

الفصل الاول

المعقود عليه والبدل

المعقود عليه : هو محل العقد . ويجب لانعقاد العقد وترتب حكمه عليه أن يكون المحل قابلا له ، كأن يكون مالا موجودا . ويجب لصحته خلو المعقود عليه مما يفضى الى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل ، كأن يكون معلوما مساويا للبدل فى أموال الربا .

وبعد هذا أقول : الأصل فى المعقود عليه فى المعاوضات أن يكون موجودا ، فيبطل العقد على المعدوم، بأدلة كثيرة : منها كما فى السنن الأربعة : نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان . ولأن العقد على المعدوم الذى على خطر الوجود قمار وهو منهى عنه . وقد خرج عن هذا ثلاثة أمور أجيزت للعرف :

الأمر الأول :

بيع الثمار على الأشجار ، والرطبة على الأصول عند وجود بعضها دون البعض .

وهذا كالثمار من أنواع مختلفة ، وكالباذنجان مما يتلاحق وجوده .

قال مالك وبعض أصحاب أحمد وابن القيم [1] وشيخه بجواز هذا النوع من البيع . وظاهر مذهب الحنفية [2] بطلانه ، وبه قال شمس الأئمة السرخسى ، وأفتى الحلوانى وأبو بكر بن الفضل من مشايخ المذهب بالجواز .

استدل مالك وبعض الحنابلة بأن هذا البيع جائز للضرورة ، إذ لا يمكن إلا على

(١) انظر إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٦٠ .

(٢) انظر التبيين والفتح والبحر ورد المحتار فى مسألة ومن باع ثمرة بدا صلاحها أولا صح . رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٩ .

هذا الوجه ، لأن تمييز الموجود مما يتلاحق وجوده فى غاية العسر لا يكلف الشارع بمثله . والدليل لظاهر الرواية عن الحنفية : أن هـذه صفقة بعضها معـدوم فتبطل لبطلان بيع المعدوم بالأدلة التى قدمنا ، إذ لا تتجزأ الصفقة المتحدة فى البيع صحة وبطلانا ، ولاضرورة تدعو الى الجواز . قد يقال: الضرورة موجودة فيما لو اشترى ثمارا على الشجر ثم أخرجت غير ما اشتراه ، فإنهم قالوا إن كان قبل القبض يفسد البيع لعجز البائع عن التسليم ، وإن كان بعده يشتركان فيه للاختلاط ، ولا شك أن فى كل من فساد البيع والشركة لحاق ضرر بالمشترى ، فيتخلص منه بشراء الموجود وما سيوجد . أجاب السرخسى بأنه لا يتعين هـذا الطريق ، لأن المشترى يمكنه أن يشترى الأصول مع الثمار الموجودة ، وما يحدث بعد ذلك يكون على ملكه ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته ، فإن كان البائع لا يعجبه بيع الأصول فالمشترى يشترى الثمار الموجودة ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى إلى وقت وجوده ، أو يشترى الموجود بجميع الثمن ، ويحل له البائع الانتفاع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بإحدى هذه الطرق ، فلا ضرورة الى الجواز .

والحلوانى وابن الفضل عدلا عن ظاهر المذهب للعرف . قال ابن الفضل : « استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم فى ذلك عادة ظاهرة ، وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج » اهـ . وكون هذا من بيع المعدوم المنهى عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه ، لا يمنع من صحة ما أفتوا ، لأن العرف كما علمنا يخصص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب . وقول السرخسى لا ضرورة تمنع من العمل بظاهر المذهب ، ممنوع ، بل غلبة عسر انفكاك الناس عن هذه العادة ؛ والحكم عليهم جميعا بالفسق لتناول المحرم حرج عظيم . على أن المخارج التى ذكرها لا تخلو عن مشقة ؛ فأى بائع يرضى بأن يخرج الأصول التى أعدها للاستغلال من ملكه وهو لا يأمن قبول المشترى ردها إليه ؟ وأى مشتر إذا شاء شراء ثمار بجنيهات يكلف نفسه شراء أشجار بعشرات الجنيهات ؟ وكم من العقود يتم إذا أردنا العقد على كل ما يجدّ ومن الأصول ما ينتج كل يوم كالخيار ؟ ومن من الناس يفطن الى حيلة إحلال الباقى إلا عالم متبحر فى التشريع ؟ ومثل هـذا يقال فى حقه بالمنع لعدم الضرورة . وقد تأيدت هـذه الفتوى بما روى

عن محمد من جواز بيع الورد على الأشجار ، وهو لا يخرج جملة ، بل يتلاحق البعض للبعض .

فالراجح ما ذهب إليه مالك وبعض الحنابلة ، وأفتى به الحلوانى وابن الفضل ، وإن اختلفت الوجهة ، فإن كلا من الضرورة والعرف يخصصان الادلة . ويزيد فى راجحيته ملاءمته لمقصد الشريعة لما فيه من التيسير على الناس .

وقد رد ابن عابدين هذا العرف الى دلالة النص المبيح للسلم « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم الحديث » ، فإنه رخص فيه مع أنه بيع المعدوم للحاجة ، وهذه الحاجة موجودة فى مسألتنا .

هذا وقد روى عن ابن الفضل أنه قال فى هذه المسألة : أجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا . فاستنبط منه المشايخ أنه لابد للجواز من أن يكون الخارج الموجود أكثر مما سيوجد . وهو استنباط يناسب التعبير بالأصالة والتبعية . لكن إذا كان المستند هو العرف فأى فرق بين أن يكون الموجود أكثر أو أقل إلا أن يكون ما جرى به العرف مطابقا لما استنبطوه [1] .

الامر الثانى عقد الاستصناع :

الاستصناع فى اللغة : طلب العمل من الصانع . وشرعا : أن يطلب من الصانع عمل شىء مادته من عنده على وجه خاص . صورة ذلك أن يطلب شخص إلى حذاء أو نجار أن يصنع له حذاء او قمطرا ، والجلد والخشب والمسمار من عند الصانع ، ويبين له نوع المصنوع وصفته ، ويعين له الثمن وينقده إياه ، أو يتفقا على التأجيل . فقولى فى التعريف : مادته من عنده أى من عند الصانع ، وهو احتراز عن الإجارة فان المادة فيها من عند المستأجر وعلى الأجير العمل فقط . وقولى : على وجه خاص أى جامع لشرائط الاستصناع التى هى بيان جنس المعقود عليه ونوعه وصفته وقدره وكونه مما جرى باستصناعه العرف . وهو احتراز عما لم يستجمع الشرائط حيث يكون استصناعا فاسدا .

---

(١) انظر المهذب جـ ٢ صـ ٢٩٦ ، وشرح المحلى للمنهاج جـ ٢ صـ ٢٥١

وقد ذكر الحنفية فى مشروعيته تفصيلا بين أن يذكر فيه أجل السلَم أولا ؛ فإن ذكر فيه أجل السلم فهوسلم مشروع بأدلة مشروعية السلم فتراعى فيه شرائطه ؛ وإن لم يذكر فيه أجل السلم قال أبو حنيفة وصاحباه : يجوز فيما جرى به التعامل ولا يجوز فى غيره . وقال زفر : لا يجوز مطلقا . ومذهب الشافعى [1] كما نقل فى كتبنا إطلاق المنع ، ولكن المنقول فى كتب الشافعية : أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لاينضبط مقصوده بأن يجمع أجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها ، كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية ، بخلاف ما انضبط مقصوده بأن كان من جنس واحد كالثوب من غزل ، أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما كثوب الخز المركب من الإبريسم والوبر . وهم أولى بنقل مذهبهم .

استدل الحنفية بأن القياس أن لا يجوز الاستصناع كله ، لأنه لا يمكن إدخاله فى أى عقد من العقود المشروعة ، فإن أقرب العقود اليه البيع والإجارة بناء على أن المعقود عليه فيه العين أو المنفعة ، ثم هو لا يصح بيعا لأنه معدوم حال العقد ، ولا إجارة لأنه استئجار على تحصيل عمل فى ملك الأجير ، ولكنا تركناه بالتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير ، والتعامل مما يترك به القياس كما ترك فى دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذى يستعمل ، وفى شراء الشربة من السقاء من غير بيان قدر الماء المشروب ؛ وتركناه كذلك بالسنة لما صح أنه صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما . ولما كان جوازه على خلاف القياس اقتصر على ما جرى به التعامل وترك ما عداه على القياس . ثم إن الاستدلال بالتعامل راجع فى الحقيقة إلى الاستدلال بالإجماع العملى الذى هو قسم من الإجماع المطلق وثابت بثبوته .

هذا كلام الفقهاء . لكن يرد أن هذين الدليلين لا يثبتان كل المدعى وهو جواز الاستصناع فيما جرى به العرف فى كل زمان . أما الحديث فلأنه معدول به عن سنن القياس فيقتصر فيه على ما ورد ؛ وأما الإجماع فلأن ما جرى عليه تعامل الناس فى عصر التقليد لم يجمع عليه ، إذ الإجماع اتفاق المجتهدين . والجواب

---

(١) انظر المهذب للشيرازى ج ٢ ص ٢٩٦ ، وشرح المحلى للمنهاج ج ٢ ص ٢٥١

أن ما لم يثبت جوازه بالسنة أو الإجماع يجوز بدلالتهما، لأنهما معللان بالحاجة العامة التي يدل عليها التعامل، وتقدم في رد [1] العرف إلى الأدلة الشرعية.

وتمسك زفر بالقياس الذي تقدم. واستدل الشافعية على ما نصوا على منعه بأن ما لم يضبط مقصوده لا يعرف قدر كل جنس منه، فيؤدي إلى النزاع؛ ولكن ما ذكره زفر والشافعي مردود بما قدمنا من الإجماع والسنة ودلالتهما.

فالفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه كالخفاف والأواني وأثاث المنزل وعدد الحرب والثياب. وأما تصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان. ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاما، لأنه قاض على الدليل الشرعي، كما تقدم [2].

الامر الثالث: إجارة ما جرى العرف باستئجاره:

المعقود عليه في الإجارة هو المنافع، وهي معدومة للحال، وتوجد في المستقبل ساعة فساعة. فالعقد عليها إما على معدوم في الحال، أو مضاف إلى ما سيوجد في المستقبل. وعلى كل فالقياس والقاعدة العامة أن لا تشرع أصلا، لأنها عقد على معدوم كما تقدم، ولكنها شرعت استحسانا بالدليل القاطع؛ قال تعالى «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن». أقول: شرعت استحسانا للحاجة الشديدة؛ لأن كل أحد لا يملك ما ينتفع به ولا يستطيع تملكه. ويعنون بالحاجة هنا ما يعم الضرورة كالإجارة لإرضاع من لا مرضعة له. وإذا كان المشروع على خلاف القياس لعلة مفهومة بفهم اللغة يعم مواضع وجودها بالدلالة وينتفي فيما عداها، فشرع الإجارة يعم مواضع الحاجة وينتفي فيما عداها.

---

(١) انظر صفحة ٣٢

(٢) انظر صفحة ٥٨

وبعد هـذا أقول : إن الدليل على وجود هـذه الحاجة هو العرف : لأن تداول الناس أمرا بحيث يصل إلى حـد الاعتياد مع قبول الطباع له ، يدل على احتياجهم اليـه ، وأن منفعته مقصودة لهم بعقد الإجارة ، وإلا كان عبثا . قال فى الفتح (١): « وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل » اهـ .

وفى البزازية كما فى نشر العرف : صحة الإجارة بالتعارف العـام . فمتى وجـد العرف بإجارة شىء كالدور للسكنى والأراضى للزراعـة ، صحت الإجارة لوجود الحاجة ، ومتى انتفى كإجارة الأشجار للاستظلال وتجفيف الثياب بتعليقها ، بطلت الإجارة لعدم الحاجة ، ولأنه يدل على أن المنافع المعقود عليها غـير مقصودة من العين المستأجرة : وبهذا يكون بذل العوض فيها من السفه ، وأخذه العوض عنها من أكل المـال بالباطل . فالفقه أن الإجارة تدور على العرف صحـة وبطلانا ؛ ولهذا شرط فى انعقاد الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة لجمهور الناس .

هـذا هو مذهب الحنفية ، والصحيح من مذهب الشافعية (٢) . ويفهم من كلام المـالكية كما فى الشرح الكبير (٣) أنه يكفى أن تؤثر المنفعة فى العين وتنقص قوتها : قصـدت عند جمهور الناس أولم تقصد ، ولهـذا أجازوا إجارة الأشجار لتجفيف الثياب . قالوا : لأنه عقد على منفعة متقومة . والدليل لنا ماقدمنا . ونقول لهم : الأصل فى المنافع عدم التقوم ، لأن ماليتها مفقودة حيث لم تكن محرزة فى الأيدى ، وإنما عرفنا تقومها بالشرع فى الإجارة وهى لم تشرع إلا للحاجة العامة والانتفاع المقصود ، فيسقط التقوم فى غير هذا ، أثّر الانتفاع فى العين أولم يؤثر .

وخرج على هذا بطلان إجارة الأشجار للاستظلال وتبقية الثمار ؛ فلو اشترى شخص ثمار بستان وجب عليه قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع ، فإن أراد تبقيتها على الأشجار ليتمكن من بيعها للناس بلا تلف وتوصل إلى ذلك باستئجار الأشجار ، كانت الإجارة باطلة . قالوا وله استبقاء الثمـار فى هذه الحالة ، لأن هـذه الإجارة وإن بطلت فقـد تضمنت إذن البائع بالاستبقاء حيث قبلها . وخرج أيضا بطلان

(١) انظر فتح القدير جـ ٥ صـ ١٠٢ .

(٢) المهذب جـ ١ صـ ٣٩٩ .

(٣) الشرح الكبير للدرديرى جـ ٤ صـ ٢١ .

إجارة الدواب ليقفها أمام بيته ليعلم الناس أنه ذو مال وجاه ، واستئجار الثياب والمصوغات والساعات لتزدان بها حوانيت صنّاعها : لأنه لم يجر العرف بذلك، وليس لهذه الأشياء منفعة يقصدها جمهور الناس بعقد الإجارة .

وكذا يخرج بطلان حيلة كان يصنعها بعض الناس للوصول إلى ربح من القرض من غير أن يكون ربا : ذلك أن الشخص قد يحتاج الى قرض من ذى مال فيضنّ صاحب المال بالقرض إلا بفائدة ، فيحتالان على الوصول اليها باستئجار المقرض لحفظ عين للمستقرض لا تزيد قيمتها على الأجرة كسكين أو ملعقة أو مرآة . ثم يحصل المقرض على قرضه وأجرته من غير أن يقترف إثم الربا . قالوا هذه الإجارة باطلة لأنها مشروعة على خلاف القياس للحاجة العامة التى يدل عليها التعامل العام ولم يوجد ، وقيل بصحتها على القول باعتبار العرف الخاص ، فإن هذه المعاملة عرف أهل بخارى ، وقدمت أن اعتبار العرف الخاص قول ضعيف . على أنهم قالوا : إن هذا ليس عرف عامة البخاريين ، بل يعرفه الخواص فقط ، فلم يوجد شىء من العرفين .

ومهما يكن من الآراء فى هذا الفرع فإنها حيلة أظهر فيها العاقدان صورة الإجارة الجائزة ، وأخفيا فيها قصداً خبيثاً ، وهو الانتفاع من وراء القرض والربا المحرم ، فقرا بذلك من مبرة القرض الذى شرعه الله فرجاً للمكروبين . فيجب أن يكون حكمه حكم سائر الحيل التى يقصد بها استحلال محارم الله ، كبيع العينة ، والعقد المقصود به إسقاط الشفعة والزكاة . ورأى الامام محمد فيها الكراهة التحريمية . ورأى المحققين من فقهاء الشريعة الذين فطنوا إلى حكمتها وبنائها على مصالح الخلق كابن القيم : بطلان هذا النوع من العقود ، نظرا إلى الأغراض والقصود وسدا للذريعة [1] .

وأعود إلى الموضوع فأقرر أن قانون المذهب الحنفى أن ما تعارف الناس استئجاره صحت إجارته ، وما لا تعارف فيه فهو باطل ، والمعتبر هنا هو العرف العام لقضائه على الأدلة .

---

(١) انظر إعلام الموقعين وبيع العينة فى كفالة الفتح وحيل اسقاط الشفعة فى التبيين .

تثبت المالية بالعرف

الأصل أن المعقود عليه فى البيع يجب أن يكون مالا ، فيبطل بيع مالا مالية له ، لأن أخذ المال على سبيل المعاوضة من غير عوض من الآخذ أكل لأموال الناس بالباطل ، وبذله على هذا الوجه سفه ، وكلاهما باطل ، فيبطل ما يستلزمه .

والمال [1] فى لسان الشرع كما قال صاحب الدرر: موجود يميل اليه الطبع ، ويجرى فيه البذل والمنع . وقال فى الكشف الكبير : المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . ومعنى التعريفين واحد وهو الشىء الذى ترغب فيه الطباع بحيث تضن النفوس به إلا بمقابل ، ويمكن إحرازه للانتفاع به عند الحاجة . فخرج بقوله : موجود فى التعريف الأول ، وبقوله : يمكن ادخاره فى التعريف الثانى : المنافع ؛ فإنها أعراض متصرمة كما توجد تتلاشى ، فليست بمال ، وإنما هى ملك ، أى مملوك شأنه أن يتصرف فيه على وجه الاختصاص ، والذى يشهد له إطلاق أدلة الشرع أن المنافع قسم من المال ، وخرج يميل الطبع فى التعريفين ما لا تميل إليه الطباع ، وهى الأعيان التى لا يرغب فيها ، ولا تضن بها النفوس ، لتفاهتها وعدم الانتفاع المقصود بها كحبة قمح وكسرة خبز وقليل التراب ، أو الماء فى محله والبيض الفاسد والزجاج المكسر بحيث لا يصلح فى شىء ، والحشرات التى لا ينتفع بها كالقنافذ والضفادع وحيوان الماء المحرم إلا ما ينتفع بشىء منه كالجلد والعظم . وبهذا صحح السرخسى وابن الهمام عدم جواز بيع الكلب العقور ، لأن مفسدته تربو على نفعه بحيث يكون فى حكم العدم ؛ وقالوا ببطلان بيع القثاء والجوز والبيض إذا كان فاسدا لا ينتفع به .

والحاصل : أن كل مالا ينتفع به فليس بمال ، أما ما يجرى فيه البذل والمنع وينتفع به ولو بحسب المآل فإنه يصح بيعه متى قومه الشرع وأباح الانتفاع به ؛ ولهذا جوزوا بيع النحل ودود القز والعلق مع أنها من الهوام للانتفاع بها فى إنتاج العسل والحرير والتداوى بامتصاص الدم الفاسد ؛ وأجازوا بيع الدبل

---

(١) انظر البحر جـ٥ ص٢٧٧ ، وابن عابدين جـ ٤ ص٣ ، ١٥٥ ، والدرر جـ ٢ص١٦٨ طبع الآستانة

وخرء الحمام الكثير مع أنها من المستقذرات للانتفاع بها فى إخصاب الأرض . قال الزيلعى فى التبيين إن المسلمين تمولوا السرقين من غير نكير .

ومن هذا يتبين أن مقياس المالية تعارفُ الناس أن هذا الشىء مرغوب فيه ومنتفع به أو عدم تعارفهم . ذلك ولا ريب أن هذا أمر يتجدد على مر العصور واختلاف الأمكنة ، فكثير من الأشياء لم تكن له فى القديم فائدة فكان محتقراً بين الناس ، ثم أثبتت التجارب أو الكشف العلمى أن له منافع فى الطعام أو فى الطب أو الصناعة أو الزراعة أو الحرب فتموله الناس وقابلوه بالأثمان . وكثيرا ما نرى الشىء فى مكان تافها لا ينتفع به ولا قيمة له ، وفى مكان آخر من من العزة والنفاسة بمقدار .

ثم إنّ العرف العام والخاص فى تعريف المالية سواء ؛ ولهذا قال صاحب الكشف الكبير والدرر : «وتثبت المالية بتمول الناس كافة أو بتمول البعض» اهـ وهذا لأن العرف المثبت للمالية من العرف الذى يرجع إليه فى تطبيق الأحكام الكلية .

وكما تكون مالية الأشياء التى يبينها العرف العام أو الخاص أساساً لصحة البيع ، تكون كذلك أساسا للتضمين عند إتلاف الشىء المتمول .

يجوز وقف المنقول مستقلا عن العقار إن جرى العرف بوقفه

القياس والأصل العام فى الوقف : أن يكون مؤبدا ، لأنه إخراج الملك لا إلى مالك كالإعتاق (١) . وينبنى على هذا أنه لايجوز وقف المنقول مستقلا عن العقار لأن المنقولات على شرف الهلاك فليست قابلة للتأبيد . فالقياس المنع من وقف المنقول استقلالا .

وقد أخذ به أبو حنيفة ، فمنع من وقف المنقول المستقل عن العقار إطلاقا . وقال أبو يوسف بجواز وقف ما ورد به الشرع نصا أو دلالة وهو الكراع

---

(١) انظر البدائع : جـ ٦ صـ ٢٢٠

والسلاح . والمراد بالكراع كل ما يركب أو يحمل عليه فى الحرب، وبالسلاح كل ما يستعمل فى المقاتلة . وقال محمد بوقف الكراع والسلاح وما جرى به العرف مما سواهما ، كالكتب وفرش المساجد وجنازات الموتى والدراهم والدنانير والحبوب ،بأن توقف لتقرض من أهل الحاجة ثم ترد، أو تدفع مضاربة ، أو يصرف ربحها الى جهة الوقف . وقالت الأئمة الثلاثة بوقف المنقول الذى لا ينتفع[1] به باستهلاك عينه ، فلا يصح فى نحو الطعام ، إلا أن الشافعى قيده بأن يبقى مدة يصح الاستئجار فيها .

استدل محمد بأن القياس ألا يجوز الوقف فى المنقولات كلها كما تقدم ، ولكنه استحسن فى الكراع والسلاح بما جاء فى حديث عمر رضى الله عنه كما فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال : « وأما خالدا فإنكم تظلمون خالدا قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله تعالى » والأعتاد : آلات الحرب من الدواب والسلاح وغيرها . وبما عن أبى هريرة كما عند البخارى وأحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال : « من احتبس فرسا فى سبيل الله إيمانا واحتسابا فإن شبعه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة حسنات» فى القاموس : الحبيس من الخيل : الموقوف فى سبيل الله . وفسر فى نهاية ابن الأثير الحبس فى حديث خالد بالوقف ، فيدل الحديثان على صحة وقف ما ورد فيهما بالعبارة ، وغيره مما هو من نوعه يثبت وقفه بطريق الدلالة . واستحسن فى غير الكراع والسلاح مما فيه تعامل بالعرف ، فإنه يترك به القياس كما فى الاستصناع .

واستحسن أبو يوسف فى الكراع والسلاح بالحديثين المتقدمين عبارة ودلالة ، وعمل فيما سواهما بالقياس .

واستدل الأئمة الثلاثة بالحديثين المتقدمين . وفى كتب[2] الشافعية الاستدلال باتفاق المسلمين على وقف الحصر والقناديل والزلالى — وهى نوع من البسط — فى كل عصر ، فيثبت فيما ورد فيه النص والإجماع بهما ، وغيره يثبت بالدلالة أو القياس على ما ثبت بهما .

---

(١) المغنى : ج ٦ ص ١٨٨

(٢) مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٦٢

يقال لأبى حنيفة : إنما يعمل بالقياس حيث لم يوجد ما يصرف عنه كالنص والعرف فيما هنا . ويقال لأبى يوسف : إنك عملت بالقياس فى موضع العرف . وللأئمة الثلاثة : إن القياس الذى أجريتموه باطل، لأن من شرط القياس ألا يكون حكم الأصل معدولا به عن سنن القياس ، ووقف المنقول مما عدل به عن سننه ، لأن موجب الوقف التأبيد وهو لا يتأبد .

وبهذا رجح الحنفية قول محمد، قالوا : عليه أكثر فقهاء الأمصار، وعليه الفتوى. وفى الإسعاف أنه الصحيح .

ثم هذا العرف راجع إلى الإجماع فيما أجمع عليه عملا ، وفى غيره يرجع إلى دلالته كما تقدم فى المقال الثانى ، ولا يمكن أن يرجع إلى القياس على الوارد لأنه على خلاف القياس .

ومقتضى أحكام العرف المتقدمة أنه يشترط فى هذا العرف الذى يصحح وقف المنقول أن يكون عاما لمضائه على القياس ، لكن جرى الفقهاء قديما وحديثا على اعتبار العرف الخاص ، وذكرت ما يؤيد ذلك فى بحث الشروط [1] وبناء عليه ، فالمعتبر عرف إقليم الواقف فى زمن الوقف .

هذا ويرجع إلى العرف فى كثير من مسائل الوقف كمعرفة ما يستوى فى مصرفه الأغنياء والفقراء ، أو يختص بالفقراء ، ومعرفة شروط الواقفين .

(١) انظر صفحة ٥٦

المعيار فى أموال الربا

الأصل أن المعقود عليه تجب مساواته للبدل إن كانا من أموال الربا واتحد جنسهما . والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعى ، وهو الكيل فى المكيلات كالقمح والشعير ، والوزن فى الموزونات كالذهب والفضة ، فلا يجوز التساوى بالوزن فيما يكال ، ولا بالكيل فيما يوزن لجواز التفاضل بالمعيار الأصلى ، إلا إذا تيقنا من التساوى فى الكيل والوزن . لا خلاف بين المسلمين فى كل ذلك إلا ما عن ابن القيم [1] من أن المباح من مصوغ الذهب والفضة وحليتهما يباع كما تباع السلع غير الربوية تقويما للصنعة ، وما عن أكثر الفقهاء من جواز العرايا .

وإنما الخلاف فى تعيين المعيار فى كل مال من أموال الربا . فذهب أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن وأبو يوسف ، فى رواية عنه ، إلى أن ما نص الشارع على أنه مكيل أو موزون كالأشياء الستة : الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح ، فهو كذلك أبدا وإن أحدث الناس عرفا على خلافه فكالوا الموزون ووزنوا المكيل ، وما لم ينص عليه فالمعتبر فيه عرف الناس فى الأسواق . وذهب الشافعى [2] فى أرجح أقواله وأحمد إلى أن ما غلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه فى عهده صلى الله عليه وسلم فهو كذلك أبدا وإن أحدث الناس عرفا على خلافه ، وما لم يكن كذلك فالمعتبر فيه عرف الناس فى الأسواق . وللحنابلة فيه وجه آخر وهو رده الى أقرب الأشياء بالحجاز شبهاً به . وروى عن أبى يوسف أن المعتبر هو عرف الناس فى المنصوص عليه وغيره .

احتج أبو حنيفة ومن معه بأن الواجب فى المنصوص عليه اتباع النص لا غيره ، إذ لا عبرة بالعرف على خلافه لأن النص حق أبدا ، أما العرف فجاز أن

---

(١) انظر إعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٠٤

(٢) انظر المحلى على المنهاج جـ ٢ ص ١٦٦

يكون على باطل ، وتقدم بسط هذا الوجه فى بحث الشروط . وإنما اعتبر العرف فيما لم ينص عليه اتباعا للمعهود من الشريعة أن مالم يرد فيه حد معين فالمرجع فيه إلى العرف كما فى المالية ؛ ولأن العرف المثبت للمعيار إذا كان عاما كان إجماعا وهو حجة .

واحتج الشافعى وأحمد فيما ليس للحجاز فيه عرف غالب بما قدمنا . وفيما فيه للحجاز عرف :

أولا : بما روى أبو داود والنسائى عن عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » . استدل به ابن قدامة فى المغنى [1] والشيرازى فى المهذب . ووجهه أن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما بعث لبيان الأحكام ، فهذا الحديث بيان لرد الأموال الربوية كيلا ووزنا الى عادة الحجاز التى عاصمتاها مكة والمدينة .

ثانيا : بأن الظاهر أنه صلى الله عليه وسلم اطلع على ما كان فى زمنه من المعيار وأقره ، فعُرف الحجاز ثابت بالسنة القولية والتقريرية ، ولا عبرة بعرف الناس على خلاف السنة .

وجه الرواية عن أبى يوسف أن العرف الطارىء إنما يترك لو قام النص على خلافه ، وما هنا ليس كذلك ، لأن نصه صلى الله عليه وسلم على المعيار مبنى على العرف الذى كان ومعلول به ، حتى لو كان العرف هو الوزن فى المكيل والكيل فى الموزون لورد النص على وفقه ، ولو تغير فى حياته صلى الله عليه وسلم لتغير النص ، وحيث كان معلولا بالعرف فهو مدار المعيار أبدا . وقد تقدم شرح هذا الوجه وتأييد هذه الرواية فى الشرط الثالث من شروط العرف فلا أطيل الكلام فيه . وأما الحديث الذى استدلوا به فما أبعده عن المطلوب ! لأن المكيال والميزان آلتا الكيل والوزن ، فهو كما قال الشوكانى [2] دليل على أنه يرجع عند الاختلاف فى الكيل إلى مكيال المدينة ، وعند الاختلاف فى الوزن الى ميزان مكة اﻫ . وإنما يدل على المدعى أن لو كانت عبارته المكيل مكيل المدينة والموزون موزون

---

(١) جـ ٤ ص ، والمهذب جـ ١
(٢) نيل الأوطار جـ ٥ صـ ٣٠٧

مكة ، وتقريره صلى الله عليه وسلم للعادة الغالبة فى عهده إنما هو معلوم بالعرف كما تقدم .

فالراجح من الآراء هو هذه الرواية عن أبى يوسف .

فخرج عليه أن ما كان مكيلا بتقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم وما كان موزونا إذا تغير عرف الناس فيه ، فكالوا الموزون ووزنوا المكيل ، تغير المعيار . وعليه يتخرج بيع الدقيق بجنسه وزنا مع أنه مكيل بالنص ، أما ما كان العرف فيه مشتركا فالعمل فيه بالنص إذ لا عرف يصرف عنه .

وقد استظهر العلامة ابن عابدين [1] أنه يشترط للعمل بالعرف فى موضع النص عند أبى يوسف ، أن لا يخرج العرف عن المعيار الشرعى ككيل الموزون ووزن المكيل . أما إذا أخرج عنه كالعدد فى الذهب والفضة فإنه يبطل العرف ويجب المصير إلى النص لئلا يلزم عليه إبطال نصوص التساوى بالكيل والوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين . وعليه فلا يجوز اعتبار التساوى بالعدد فى استقراض الدراهم والدنانير عند الاختلاف فى الوزن وشيوع التعامل بالعدد كما كان فى بعض المسكوكات القديمة . لكن قال سعدى أفندى فى حاشيته على العناية : إنه ينبغى أن يخرج على رواية أبى يوسف استقراض الدراهم عددا كما هو المتعارف فى زماننا . ونقل ابن عابدين عن البركوى أنه لا حيلة فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبى يوسف اه .

وعندى أن هذا الاستظهار موفق جد التوفيق ، لأن اعتبار العدد فى الذهب والفضة يؤدى الى نفى الربا فيما تعورف عده منهما لعدم المعيار الشرعى ، مع أن النص المفيد لربويتهما لم يفرق بين نوع ونوع . وكذا يقال فى كل ما أفضى إلى نفى ربا الفضل فى مال حكم الشرع بربويته .

وعليه فينبغى أن يلتمس مخرج آخر غير هذه الرواية كالنصوص النافية للحرج إن بلغ الأمر بالناس إلى غلبة عسر الانفكاك . وعلى كل حال فقد سلمنا

---

(١) انظر رد المحتار ج ٤ ص ٢٨١

الله من هذا الاضطراب فى المعاملة ، فإن النقود فى عصرنا مضبوطة بالوزن ضبطا كاملا بحيث صار ذكر العدد كناية عن الوزن .

هذا والعرف العام والخاص فى المعيار سواء .

العرف فى البدل

الأصل فى البدل أن يكون معلوما لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، ولما أخرج أحمد وأبو داود عن أبى سعيد ، قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره . ولأن المقصود من العقد التسليم والتسلم من غير إفضاء إلى المنازعة ، وجهالة البدل تفضى إليها ، والعلم إما بالاشارة أو بذكر القدر والجنس والصفة ، وخرج عن هذا أمران :

الأول : أنه يستغنى عن الصفة بالعرف فى الثمن والأجرة ؛ وذلك إذا كان فى البلد نقود مختلفة فى الرواج سواء استوت فى المالية أو اختلفت كالجنيه المصرى والانجليزى بمصر ، فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بحكم العرف ، سواء نشأ من غلبة اسم النقد فى أحد النقود المتداولة حتى كان عرفا قوليا ، أو نشأ من غلبة التعامل بأحدها دون الباقى حتى كان عرفا عمليا ؛ لأن كلا من العرفين يقضى على اللفظ . أما إذا استوت النقود فى المالية والرواج ، فإنه يستغنى عن الصفة أيضا ؛ لأن الجهالة لا تضر للتساوى ، وينصرف النقد إلى أحدها . وإن اختلفت المالية مع الاستواء فى الرواج فسد البيع لإفضاء الجهالة إلى النزاع .

الأمر الثانى : الأجر المجهول جهالة لا تفضى إلى المنازعة لجريان العرف بالتسامح فيه ، وذلك فى مسألتين :

المسألة الأولى : استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فقط أو مع أجر معلوم . أجازه أبو حنيفة ومالك وأحمد فى رواية ، ومنعه الشافعى وأبو يوسف ومحمد وأحمد فى رواية أخرى .

قال المانعون : العلم فى الأجر شرط بالدليل الذى قدمنا ، والطعام والكسوة أجر مجهول لاختلافه اختلافا كثيرا فى القدر والصفة . وكذا إذا انضم إلى الطعام والكسوة أجر معلوم ، لأن المؤلف من المعلوم والمجهول مجهول . والحجة للمجوزين

الاستحسان بالكتاب، وهو قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن» إلى أن قال: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

أوجب سبحانه على الآباء الرزق والكسوة للوالدات المرضعات من غير فصل بين أن يكن زوجات أو مطلقات. ومعلوم أن الوجوب للمطلقات غير المعتدات من رجعى لا يكون إلا بطريق الأجرة. وكذا يدل عليه قوله تعالى: «وعلى الوارث مثل ذلك» لأن الوجوب على الوارث للوالدات لا يكون إلا بطريق الأجرة أيضا. وليس مطلق الجهالة بمانع، بل المانع منها ما يفضى إلى المنازعة وهو منفى هنا بالمسامحة مع الأظآر والتوسعة عليهن فى العرف شفقة على الأولاد.

المسألة الثانية: استئجار الأجير غير الظئر بطعامه وكسوته. أجازه مالك وأحمد فى رواية، ومنعه الحنفية والشافعية وأحمد فى رواية أخرى:

دليل المانعين هنا هو دليل المانعين فى المسألة الأولى، ودليل المجوزين العرف الراجع إلى الإجماع العملى؛ فإن الصحابة كأبى بكر وعمر وأبى موسى تعاملوه من غير نكير. نقل هذا ابن قدامة فى المغنى [1]، وروى أحمد وابن ماجه عن عتبة بن النضر أنه قال: كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقرأ طس حتى بلغ قصة موسى عليه السلام، فقال: إن موسى أجر نفسه ثمانى سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد ناسخ. لكن هذا الحديث ضعيف، لأن فى إسناده مسلمة بن على الحسنى وهو متروك، فيكفى فى الاستدلال الإجماع السابق.

ثم إن علة الجواز فى المسألتين أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لجريان العرف بالتسامح فى مثلها، فلو ألحق بهما بطريق الدلالة كل أجر مجهول القدر جرى عرف الناس بالتسامح فيه بحيث لا تفضى جهالته إلى منازعة كأجرة الحلاق واستئجار الدابة بعلفها، أو بأجر معلوم وعلفها، وأجرة النجار فى بلاد الريف، لما كان من ذلك مانع فيما أظن. وهو مذهب مالك رضى الله عنه. ثم المرجع فى تقدير هذه الأجرة العرف.

(1) ج ٦ ص ١٠

استئجار الأجير ببعض ما يخرج من عمله

الأصل فى الأجرة أن لا تكون بعض عمل الأجير ، فلو كانت كذلك فسدت الإجارة ، كالاستئجار على نسج غزل ببعضه منسوجا ، أو خبز طعام ببعضه مخبوزا ، أو حصاد زرع ببعضه محصودا ، لما أخرج الدارقطنى والبيهقى عن أبى سعيد قال « نهى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان » . ومعنى النهى عن قفيز الطحان النهى عن طحن الطعام بجزء منه مطحونا . وقال ابن المبارك أحد رواة الحديث : إن صورته أن يقال للطحان اطحن بكذا وكذا وزيادة قفيز من نفس الطحين . وعلى كلا التفسيرين فعلة النهى كون الأجرة أو بعضها بعض ما يخرج من عمل الأجير ، لأن ذلك يؤدي الى عجز المستأجر عن تسليم الأجرة حالة العقد ، والقدرة على التسليم شرط صحة الإجارة . فيلحق به كل ما وجدت فيه علته كغزل الصوف ونسجه وحمل الطعام ببعضه ، بدلالة النص لظهور العلة وعدم الحاجة فى فهمها الى الاجتهاد .

ولم يخالف فى ذلك إلا أحمد والهادوية والمزنى . وطعنوا فى سند الحديث ودلالته . وليس تحقيق الحق فى هذه المسألة من مهمتى ، ولكنى أذكر الأصل لنتبين مدى تأثير العرف فيه .

وخرج عن هذا نسج الغزل وحمل الطعام ببعض المنسوج والمحمول ، فإن مشايخ بلخ والنسفى جوزوه ، ومنعه بقية مشايخ المذهب .

قال المانعون : إن الفساد ثابت بدلالة نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان . وقال الآخرون : إن هذا العقد صحيح للعرف ، فإن أهل بلخ تعارفوا هذا الأمر ، والعرف يترك به القياس ويخص الأثر كما فى الاستصناع . ورد عليهم بأنه ليس كل عرف شأنه هذا ، بل هو شأن العرف العام كما فى الاستصناع ، لأنه يؤول الى الإجماع ، أما العرف المستدل به فهو عرف خاص ببعض البلاد وهو لا يقضى

على قياس ولا يخص أثرا ، لأن التخصيص والتقييد شأن الأدلة ، وهذا ليس بدليل وبه تبين فساد التنظير بالاستصناع .

هذا وينبنى على هـذا الأصل أن ما يفعله أهـل المدن عندنا من خبز العيش بأجر معلوم ورغيف منه ، ومايفعله أهل الزرع من حصده ببعضه محصودا ، إنما يجـوز لو جرى عرف عام به ، وإلا فلا يجوز . نعم يمكن الإفتاء بمذهب أحمد والهادوية والقائلين بحجية العرف الخاص منا ، حيث وجد مسوغ الإفتاء بالقول المرجوح وهو عموم البلوى بهذه المعاملة .

وأما ما قاله بعض فقهائنا من أنه يحتال للجواز فى جنس هـذه المسألة بجعل الأجر جزءا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول ومن المطحون مثلا ، فيجب فى ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ، فهو مخلص جيد فيه الحيطة والخروج من خلاف العلماء . ولـكن أنى يستطاع تفهيمه لجماهير الناس الذين غلب فيهم الجهل بأحكام الشريعة ، وتغلغلت هذه العادات فى نفوسهم . والله الرحيم بعباده أعلم بأحكامه .

الفصل الثانى

صيغة التصرف

المراد بالتصرف هو الالتزام الذى يصدر من الشخص فيرتب الشارع عليه أحكامه ، سواء أكان بسيطا أى من جانب واحد كالنذر واليمين والإسقاطات المحضة كالطلاق والعتق وغيرها فإن هذه تتم بعبارة واحدة ، أو كان مركبا من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما فى عقود المعاوضات والتبرعات حيث تتركب من الإيجاب والقبول . وهذا الالتزام فى الأصل إرادة نفسية لا بد لإعلانها والكشف عنها من شىء ظاهر يدل عليها قولا أو فعلا : ذلك الشىء هو الصيغة .

فالصيغة : ما دل على التصرف الذى يراد إنشاؤه من قول أو فعل : والمراد بهما ما عهد بين الناس مفيدا للتصرف المــــراد ، وإن كان لذلك قيود فى بعض الالتزامات . فالقول كزوجت وأبيع فى عرف خوارزم ، والفعل كالكتابة المستبينة والمعاطاة فى البيع وفى الصدقة ، بخلاف الزواج وإن تعورف انعقاده بها لخطر أمر الأبضاع وشدة حرمتها حتى اشترط فى صحة العقد عليها الشهود ، فلا يليق أن تبتذل بالمعاطاة ابتذال السلع .

ثم تنقسم الصيغة الى تقسيمين باعتبارين ، فباعتبار الوضوح والخفاء تنقسم الى صريح وكناية ، وباعتبار الاقتران بالشرط وعدمه الى مقترنة به ومجردة عنه .

التقسيم الأول الى صريح وكناية

الصريح : ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال ، كصيغة : زوجت وبعت وأجرت وطلقت ، فى الزواج والإجارة والبيع والطلاق . والكناية ، ما استتر مراده بحيث لا يفهم إلا بقرينة ، كقول الأب فى الزواج ، وهبتك بنتى : وكقول البائع : جعلت لك هذه الضيعة وسلطتك عليها بكذا ، وكقول المطلق لإمرأته : فارقتك أو اذهبى . وحكم الصريح ثبوت الحكم الذى جعلت الصيغة سببا له بعين الكلام من غير توقف على نية أو قرينة . وحكم الكناية ترتب الحكم عند وجود نية أو قرينة معينة للمراد .

يتبين من التعريفين أن لوجود العرف وغلبة الاستعمال وعدمه الأثر فى صراحة الصيغ وكنايتها . فقد يغلب على الألسنة استعمال صيغة من الصيغ فى مراد خاص ، فيتبادر منها ، فتصير صريحا لا يفتقر إلى نية ولا قرينة ، كما فى الحقيقة العرفية منقولة أو مرتجلة ، والحقيقة اللغوية التى أقرها العرف ، والمشترك الذى جرى العرف باستعماله فى أحد معانيه ، والمجاز المتعارف . وقد يحتمل اللفظ معانى ولا يغلب استعماله فى أحدها فيستتر المراد منه ، فيكون كناية لا يترتب أثره عليه إلا مع نية أو قرينة حالية أو مقالية ، كما فى المشترك والمجاز غير المتعارفين إذا خفيت قرينتهما . قال فى إعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٧ ، وعلى هذه القاعدة ـ أى اعتبار العوائد ـ « تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية ، وقد تصير الكناية صريحا تستغنى عن النية » اهـ . وقال فى فتح القدير من آخر الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة اهـ » ورأينا محمد بن الحسن يقول فى قول الرجل : كل حل على حرام : يقع به الطلاق إن نواه . ثم أفتى مشايخ بلخ بأنه يقع به الطلاق بلا نية لغلبة الاستعمال ، فصارت الكناية صريحا بالعرف . ويتفرع على هذا مسائل :

المسألة الأولى

« انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة كجوزت وتجوزت إن جرى بها العرف » ،

الصريح من صيغ الزواج هو كلمتا النكاح والتزويج . وكنايته : كل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والهدية والتمليك ، لوجود العلاقة بينها وبين المعنى الحقيقي مع استتار المراد منها . فلفظ التجويز على هذا ليس من القسمين ؛ لأن معناه الحقيقي هو التسويغ أو جعل الشيء مارا ، وهذا ليس بحقيقة النكاح والتزويج ، ولا علاقة بينه وبينهما ، فكان اللازم أن لا ينعقد به الزواج لأنه غلط كالإباحة والإجارة . لكن بعد أن تعارفه الناس مريدين منه معنى الزواج بحيث تبادر هذا المراد منه ، صار من صيغه الصريحة ؛ لأنه غلب استعماله في الزواج عن قصد صحيح من غير علاقة بينه وبين المعنى اللغوى ، فكان حقيقة عرفية مرتجلة

وكذلك أفتى أبو السعود والخير الرملي وعلاء الدين الحصكفي بانعقاد الزواج بهذا اللفظ ، واقتصار المتقدمين في الصريح على اللفظين المذكورين أولا ، إنما كان لأنه لم يوجد عرف في غيرهما .

وهكذا يقال في كل لفظ غلب استعماله في الزواج بحيث تبادر معناه منه إلى الأفهام .

المسألة الثانية

وقوع الطلاق بألفاظ الحرام المتعارفة وأنت خالصة

صريح الطلاق عندنا ما غلب استعماله عرفا فيه . ولهذا لم يحصره علماؤنا في ألفاظ مخصوصة ، بل كل ما تعورف في الطلاق كان من صريحه . وهذا قول الشافعية غير المشهور ، والمشهور عندهم أنه لفظ الطلاق والزواج والفراق والخلع والمفاداة إن أضيفا إلى المال لفظا أو نية . وأما المالكية فحصروا الصريح في ألفاظ أربعة وهي : طلقت ، وأنا أو أنت طالق ، وأنت مطلقة ، والطلاق لازم لي . وما عداه إن تعورف في الطلاق سموه كناية ظاهرة ، وهي

توافق الصريح فى الوقوع بلا نية وتخالفه فى الواقع به . فكل ما تعورف فى الطلاق يقع به بلا نية عند الحنفية والمالكية وأحد الرأيين للشافعية .

وبعد هذا أقول : ومن الصريح ألفاظ الحرام المتعارفة نحو : أنت على حرام ، أو محرمة ، وحرمتك على نفسى ، وأنا عليك حرام ، وأنت معى فى الحرام ، فإنه يقع بها طلقة بائنة بلا نية إلا أن ينوى الثلاث . كذا أفتى به المتأخرون كما فى البزازية والظهيرية والبحر ورد المحتار . أما الوقوع بلا نية فلتعارفها فى التطليق فصارت من صريحه . وأما وقوع البائن بها فلأنها لما تعورفت فى التحريم بالطلاق فقد اعتبر الشارع رفع القيد بها على وجه البينونة ، لأنها تقتضى حقيقة هذا التحريم ؛ والأصل فى الألفاظ أن تعمل بحقائقها . أما الطلاق الرجعى فمقتضاه الحل ما دام فى العدة ، فلا يثبت حكما لألفاظ التحريم . ثم إن البينونة متنوعة إلى صغرى وكبرى . فيثبت باللفظ الأخف ، إلا أن ينوى النوع الآخر .

وكان المتقدمون يقولون إنها كناية ؛ لأن معنى الحرمة المنع ، فهى تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصى ، وتحتمل منعها عن متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونه صغرى أو كبرى ، أو بطريق الظهار أو الإيلاء ، وتحتمل الكذب فى نسبة التحريم إليها ، لأنها فى الواقع حلال ، فإن نوى إحدى البينونتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى ، وإن نوى الكذب بطل الحلف ، وإن لم ينو شيئا انصرفت إلى الإيلاء . وهذا مذهب أبى بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى وأصحابه وغيرهم . ومذهب المالكية أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلى نية ، واختلفوا فى الواقع بها ، فقيل ثلاث تطليقات فى كل حال . والمشهور [1] أنه إن كان مدخولا بها فثلاث وإلا فينوى فإن أراد البينونة الصغرى أو الكبرى لزمه والمذهبان منقولان كما فى إعلام الموقعين عن على وزيد بن ثابت .

ومذهب الشافعية أنه طلاق رجعى أو ظهاراً إن نوى واحد منها ، وإن نوى مجرد التحريم أولم ينو شيئا فعليه كفارة يمين . وهو مذهب الزهرى وطاوس .

---

(١) انظر فتاوى الشيخ عليش والفروق ج ١ ص ٤٠ .

وعن الشافعية أنه صريح بناء على تعريفه بأنه . ما اشتهر عرفا فى الطلاق . ومذهب أحمد فى إحدى الروايات عنه وإسحاق بن راهويه أنه صريح فى الظهار .

ومذهب الظاهرية أنه باطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ورأى مسروق وعطاء والشعبى . قال فى نيل الأوطار : إنه قول للمالكية ، واختاره اصبغ ابن الفرج منهم . والمسألة كثر النزاع فيها بين الخلف والسلف حتى أربت مذاهبها على الثمانية عشر .

الأدلة : استدل الحنفية المتقدمون بأن اللفظ محتمل لما ذكروا من الوجوه ، فلا بد لتعين الطلاق من النية أو دلالة الحال كسائر الكنايات ، فإن لم تكن له نية فهو إيلاء ، لأن الحقيقة المستعملة لهذه الألفاظ أنها حلف على ترك قربان زوجته .

واستدل المالكية للمشهور عنهم : بأن هذه الألفاظ مستعملة عرفا فى التطليق فتستغنى عن النية ؛ ولما كان مقتضاها التحريم وجب أن يترتب عليها حكمه وهو البينونة ، والمدخول بها لا تبين بغير عوض إلا بالثلاث ، فينصرف اللفظ إليها وغيرها تبين بالواحدة . غير أن المشهور فى البينونة هو الثلاث ، فينصرف فى غير المدخول بها إلى الثلاث ، ويصدّق فى نية الأقل .

واستدل الشافعية بأن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق والظهار ، لأن كلا منهما يقتضى التحريم ؛ فإن نوى الطلاق كان الواقع طلاقا وهو معقب للرجعة بالنص ، وإن نوى الظهار كان ظهارا ، وإن لم ينوهما كان يمينا ، لقوله تعالى « يأيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك . إلى قوله تحله أيمانكم » حيث أوجب سبحانه الكفارة فى تحريم النبى صلى الله عليه وسلم لإحدى حلائله ، وهى السيدة مارية .

واستدل أحمد بأن التشبيه بالمحرمة صريح فى الظهار فوضعها بالتحريم أصرح فيه .

واستدل الظاهرية كما فى المحلى بأن هذه الألفاظ لم يرد بها قرآن ولا سنة ولا حجة فى سواهما ، وبأن تحريم الحلال منكر من القول ؛ قال تعالى « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام » وقال لنبيه « لم تحرم ما أحل الله لك » ، وبأن هذه الألفاظ عمل محدث ليس عليه أمر الإسلام فهو رد كما فى الحديث . ونقل آثارا عن مسروق وعطاء وغيرهما تؤيد ما ذهبوا إليه .

مناقشة وترجيح :

وبعد هذا يقال للمالكية : نسلم لكم تعارفها فى التطليق والعمل بمقتضى التحريم ، ونمنع أن المدخولة لا تبين إلا بالثلاث ، وأن المشهور فى البينونة أن تكون بالثلاث ، بل كل من المدخول بها وغيرها تحرمها البينونة الصغرى حرمة خفيفة ، وتحرمها البينونة الكبرى أى الثلاث حرمة مغلظة من غير شهرة لإحداهما .

ونقول للشافعية : نسلم لكم أن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق عند عدم العرف ، لكن لا على معنى أن مدلولها ولازمها الطلاق ، بل على معنى أنها تحتمل الطلاق وغيره باعتبار متعلقها ؛ فقول الرجل :أنت حرام ، أى ممنوعة يحتمل ممنوعة عن المعاصى أو عن حل الزوجية ، فإذا ثبت ذلك وثبت أن الشارع أثبت بها التطليق كان ذلك دليلا على أنه أثبت بها البينونة ، لأنها عاملة بحقيقتها ، وحقيقتها هو التحريم المعجل الذى لا يكون إلا بالبينونة ، بخلاف حقيقة الطلاق فإنها التحريم المؤجل إلى انقضاء العده .

ونقول لهم فى الآية نسلم لكم أنها دلت على أن التحريم يمين ، لقوله تعالى : قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ، . وإن لم تكن نصا فيه [1] لكن لا نسلم لكم أن تحريم الزوجة موجب للكفارة ، لأنه ليس كل يمين كذلك .

بل هى نوعان : يمين بتحريم الزوجة ، وهى إيلاء لأنها حلف على ترك قربانها ؛ ويمين بتحريم سائر المباحات ، وهى يمين مطلقة ، الحنث فيها سبب للكفارة ليس إلا . ومن هذا النوع تحريمه صلى الله عليه وسلم للسيدة مارية ، لأنها كانت مملوكة ؛ وأنتم معنا فى هذا التنويع ، فكيف خالفتمونا فى التفريع ؟ .

ويقال لأحمد ، إن صريح الظهار ما كان فيه تشبيه بالعضو ، المحرم كالظهر أما الوصف بالتحريم فحتمل له ولغيره .

ونقول للظاهرية : ليس فى الأدلة ما يدل على حصر إيقاع الطلاق فى ألفاظ مخصوصة وعدم جوازه بما سواها حتى يتوقف التطليق بألفاظ الحرام على وجودها فى الكتاب والسنة . على أنه قد ورد الإذن بما عدا مادة الطلاق من ألفاظ الفرقة ، كقوله صلى الله عليه وسلم لابنة الجون : « الحقى بأهلك » . قال

---

(١) انظر الفتح حـ ٤ ص ٢٥ .

ابن القيم : وقد أوقع الصحابة الطلاق بأنت حرام ، وأمرك بيدك ، واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وأنت خلية . وذكر ألفاظا أخرى .

ونقول لهم : إنما تكون ألفاظ الحرام منكرا من القول وعملا محدثا إذا قصد بها الإخبار عن تحريم ما أحل الله ، لأنه افتراء الكذب عليه سبحانه ، فيكون لغوا باطلا وقد قلنا : إذا نوى الكذب صح لأنه نوى حقيقة كلامه وكان لغوا . أما إذا استعملها فى التطليق فهو معتبر ، لأنه محتمل كلامه أو صريح فيه ، والشرع لم يحصر التطليق فى ألفاظ كما قدمنا . ونقول لهم فى الآثار : إنها آراء اجتهادية لا حجة فيها إلا على أصحابها .

وبهذا يترجح مذهب الحنفية . ويقال بعد ذلك إذا لم يجر العرف بالتطليق بهذه الألفاظ كانت كناية لا يقع الطلاق بها إلا بالنية أو دلالة الحال كما هو مذهب المتقدمين ؛ وإذا تعورفت فيه وقعت طلقة بائنة بلا نية ، إلا أن ينوى الثلاث كما هو رأى المتأخرين . فالاحتكام فى المسألة أولا وآخرا الى العرف .

أما صيغة : كل حل على حرام لجواب ، ظاهر الرواية عن أئمة المذهب أنها صريح فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب ، وكناية فى الطلاق ؛ ثم تغير العرف فقال مشايخ بلخ : يقع الطلاق بها بلا نية لغلبة استعمالها فى الطلاق قال صاحب الهداية : وعليه الفتوى . قال الكمال ابن الهمام عن عرف مصر فى القرن التاسع : واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا .

ثم قال بعد كلام : والحاصل أن المعتبر فى انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف . ا هـ أقول : وهذه الصيغة لم تتعارف عندنا فى التطليق فتكون كناية فيه .

ويتخرج أيضا على تعريف الصريح أن منه فى ديارنا : أنت خالصة ، وروحى وأنت خالصة ، فإنه يقع به البائن بلا نية ، إلا أن ينوى الثلاث . أما الوقوع بلا نية فلتعارفهما فى التطليق ؛ وأما البينونة فلإنباء الخلوص عن انتهاء علائق الزوجية وعدم بقاء شىء منها ؛ وأما صحة نية الثلاث فلأنها أحد نوعى البينونة . وقد خرج الشيخ عبد القادر الرافعى وقوع البائن بها بلا نية من تعليل ابن عابدين لوقوعه بألفاظ الحرام المستعملة بما قدمنا . قال رحمه الله فى تقريره ج ١ ص ٢١٨ : ومقتضى ما قرره يعنى ابن عابدين وقوع البائن بقوله أنت خالصة . المتعارف إيقاع الطلاق به بدون تعارف على كونه بائنا وأنه لا يحتاج الى نية .

المسألة الثالثة

الأيمان مبنية على العرف

قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » الآية : ذكر سبحانه فى هذه الآية أحكام الأيمان ولم يحدد لها ألفاظا خاصة بل فوضها الى عرف المقسم ؛ ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة : الأيمان بنية على العرف . والكلام فيها على رأى الحنفية يقع فى مقامين : **الأول** : المحلوف به . الثانى : المحلوف عليه .

المقام الأول فى المحلوف به ، وهو أسماء الله وصفاته :

لاخلاف بين الحنفية فى أن اليمين بلفظ الجلالة ، وهو : الله ، وبأسمائه الخاصة به سبحانه : كمالك يوم الدين ، والذى لا إله إلا هو ، ورب السموات والأرض ـ معتبر يترتب عليه حكمه ، جرى العرف به أو لم يجر . والظاهر من مذهب الأصحاب أن الأسماء المشتركة بين الخلق والخالق كذلك : كالحكيم والعليم والطالب والغالب . وذلك كله لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولكن من كان حالفا فليحلف بالله » ، ولقول ابن عمر كما فى الصحيحين « كان أكثر ما كان النبى صلى الله عليه وسلم يحلف لا ومقلب القلوب » . وثبت عنه صلى الله عليه وسلم الحلف بقوله « والذى نفسى بيده » كما فى الصحيحين أيضا . وما لم يرد فيه نص من الأسماء فاليمين مشروع بدلالة النص على ما ورد ، لوجود معنى اليمين به وهو التقوية ؛ لأن الحالف يعتقد تعظيم أسماء الله تعالى جميعها ، فصلح ذكرها مقويا للخبر ، وحاملا على الفعل ، ومانعا عنه ، وهو المعنى من اليمين . ولا شك أن ما ثبت بالنص أو دلالته لا يعتبر فيه العرف ، وكذا لا يعتبر فيه النية .

ونقل ابن الهمام أن بعض الحنفية يفصل فى الأسماء : فما كان خاصا به كان يمينا بكل حال ؛ وما كان مشتركا كالحى والمؤمن والكريم ، فهو يمين إن تعورف أو نواه الحالف ؛ لأنه لما كان الاسم المشترك مستعملا لغيره تعالى لا تتعين إرادة اليمين باسمه سبحانه إلا بالعرف أو النية . وعلى هذا التفصيل يتخرج قول صاحب

الذخيرة ومختارات النوازل وغيرهما : إن قول الحالف : والطالب والغالب ، يمين لأنه عرف العراق ، كما خرجه ابن الهمام ؛ قال : أو يخرج على اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء .

وأما الحلف بالصفات فقد اختلفت المشايخ فيه ؛ فقال مشايخ ما وراء النهر : إن جرى العرف بالحلف بها كان يمينا كعزة الله وجلاله وكبريائه ، وإن لم يجر لا يكون يمينا كالرحمة والرضا والسخط والعلم ، لأن الأيمان مبنية على العرف ، إذ ما تعورف الحلف به من الصفات كان نصا فى إرادة صفة الله ، وما لم يتعارف احتمل أن يراد به الصفة أو غيرها كالعلم ، جاز أن يراد به صفة الله أو معلومه ، والرحمة جاز أن يراد بها الصفة ، أو الجنة والسخط والغضب : جاز أن يراد بهما الصفة أو العقوبة . وقال بعض المشايخ : إن مالا يحتمل غير صفته تعالى كالقدرة والجلال والكبرياء يكون يمينا وإن لم يتعارف ، وما يحتملها وغيرها لا يكون يمينا إلا إذا تعورف أو نواه الحالف كالقدرة والعلم : يحتملان المقدور والمعلوم ، وقد أريد المعلوم بالعلم اتساعا فى قولنا : اللهم اغفر علمك فينا . وهذا الرأى أقرب فى النظر من رأى النهريين ، لأن مالا يحتمل غير صفة الله كالجلال والكبرياء أى حاجة الى توقف انعقاد اليمين به على تعارف الحلف به ؟

وقال مشايخ العراق ، إن كان المحلوف به صفة ذات ، فهو يمين ، إلا فى العلم لاشتراكه بين الصفة والمعلوم ، وإن كان صفة فعل لا . وصفات الذات كما فى المبسوط : ما يوصف سبحانه بها لا بضدها كالقدرة والعلم والعزة . وصفة الفعل : ما يوصف بها وبضدها كالرضا والإعطاء . فإنه تعالى يوصف بالسخط والمنع . والظاهر أنه لا اعتبار للعرف عندهم أصلا . وعلى هذا فالحلف بالسمع والبصر يمين عند العراقيين لأنه صفة ذات ، وليس بيمين عند النهريين إذ لم يتعارف .

قال العراقيون احتجاجا : ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات . قال شمس الأئمة فى المبسوط ج ٨ ص ١٣٣ : يقصدون بهذا الفرق الإشارة الى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله ، والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره ، فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات والفعل فى حكم اليمين ، قال : والأصح أن نقول : الأيمان مبنية على العرف والعادة ، فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ، وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يمينا .

وقال الزيلعي في الرد : « والصحيح الأول أي رأى النهريين ، لأن صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة، والأيمان مبنية على العرف : ما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا » اهـ. قال ابن عابدين ومعنى قوله كلها صفات الذات أن الذات الكريمة موصوفة بها ، فيراد بها الذات سواء كانت مما يسمى صفة ذات أو صفة فعل ، فيكون الحلف بها حلفا بالذات .

هذه أقوال الحنفية ومداركها ، ومنها يتبين أن لهم في الأسماء المشتركة قولا ببنائها على العرف أو نية الحالف ، والقول الراجح عندهم في الصفات كلها البناء على العرف .

وقال مالك : يصح اليمين بالأسماء كلها ، وكذا بالصفات ، إلا صفات الفعل ، كالخلق والرزق والإحياء ؛ لأنها عبارة عن تعلق القدرة بالمقدور ، فهي أمور اعتبارية متجددة بتجدد آثارها . وقال الشافعي وأحمد : تصح اليمين بالأسماء والصفات كلها للنصوص التي تقدمت ودلالتها ، إلا أنها لا تنعقد في الأسماء المشتركة كالحكيم والعليم إلا بالنية ، وهو أصح القولين عن الشافعية .

مناقشة وترجيح :

وبعد هذا يقال للشافعي وأحمد في قولهما باشتراط النية في الأسماء المشتركة ، ولبعض الحنفية في قولهم باشتراط النية أو العرف فيها ، ولمن يشترطون العرف في الصفات مطلقا ، أو إن كانت مما يحتمل صفة الله وغيرها ـ يقال لهؤلاء جميعا : إن الدليل الذي أثبت مشروعية اليمين بأسماء الله وصفاته وهو النص أو دلالته ، لم يفصل بين المشترك أو الخاص ، ولا بين ما جرى به العرف أولا ، وأنتم إنما اشترطتم العرف والنية في المشترك من الأسماء والصفات للاحتمال الذي جعلها كناية لا يتبادر منها القسم بالله ، بل تحتمل القسم بالله وبالمخلوق ، والكناية يتعين المراد منها بدلالة الحال وهي موجودة هنا ، لأن الحلف بغير الله غير مشروع ، ودلالة حال المقسم تعين اليمين المشروع ، إذ الظاهر من حال المسلم أنه يأبى ما يمنعه دينه . نعم لو نوى بالمشترك منهما غير الاسم والصفة الكريمين ، صُدّق ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه .

ويقال للمالكية وعراقى الحنفية فى قولهم بعدم انعقاد اليمين بصفات الفعل وانعقاده بصفات الذات : إنه لا فرق بين النوعين فى حق انعقاد اليمين ، لأن صفات الفعل كلها توصف بها ذات الله تعالى كصفات الذات ، وتذكر عند القسم مراداً بها تعظيم الله ، ولا يضر بعد هذا حدوث ولا مغايرة للذات لو تم شىء منهما .

فالذى يترجح هو انعقاد اليمين بصفات الله جميعها ، غير أنه إن نوى فى المحتمل غير اليمين بالاسم والصفة الكريمين صدق فيما نوى ، لأنه محتمل كلامه .

المقام الثانى فى المقسم عليه

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الأيمان من حيث المقسم عليه مبنية على العرف القولى ؛ إلا أن للشافعية كلاما فى بعض الفروع يدل على أن هذا ليس اتفاقا منهم : لكنه المشهور الراجح عندهم كما تقدمت الإشارة إليه فى المقال السابع . وكذلك هى مبينة على العرف العملى عند الحنفية والصحيح من مذهب المالكية خلافا للشافعية والحنابلة ، وتقدم الكلام عن هذا أيضا فى المقال المذكور . فإن اضطرب العرف أو عدم ، عمل بحقائق الألفاظ اللغوية .

ثم بناء الأيمان على العرف عند المالكية والحنابلة مشروط بأمرين : أن لاينوى الحالف ما يحتمله لفظه احتمالا مساويا أو قريبا من المساوى ، وأن لا يكون ليمينه بساط . والبساط كما قال الدسوقى المالكى (1) : هو المقام وقرينة السياق . وعبر عنه الحنابلة بالسبب المهيج على اليمين . فالمعتبر عندهم نية الحالف أولا ، ويصدق فيها ديانة وقضاء ، ثم بساط اليمين ، ثم العرف .

وبناؤها على العرف عند الحنفية مشروط بأمرين أيضا : الأول : أن لا ينوى الحالف ما يحتمله كلامه : فإن نوى صدق ديانة . الأمر الثانى وهو خاص بأبى حنيفة : أن لا يكون لفظ المحلوف عليه من باب الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف ، فإن كان كذلك قدمت الحقيقة اللغوية على العرف . أما الصاحبان فيقدمان العرف على كل حال . وتقدم بسط الكلام عن هذا .

---

(1) انظر الدسوق حـ ٢ ص ١٤٢

ثم إن تقديم بساط اليمين عند المالكية والحنابلة ليس مخالفة لنا ، بل نحن قائلون به في الجملة ومندرج عندنا في بناء اليمين على العرف ، إذ البساط ليس إلا قرينة عرفية في الكلام حالية أو مقالية ، كيمين الفور ، وقول الزوج : طلق امرأتي إن كنت رجلا . قال ابن عابدين في رسالته رفع الانتقاض : « ومن فروعها أي قاعدة الإيمان مبنية على العرف : لو قال الرجل : طلق امرأتي إن كنت رجلا لا يكون توكيلا ، بقرينة آخر الكلام المستعمل عرفا في التوبيخ والتعجيز ومنها مسألة يمين الفور كإن خرجت فأنت طالق وقد تهيأت للخروج : يتقيد بتلك الخرجة التي تهيأت لها حتى لو خرجت بعد ساعة لا يحنث ، وكقول من دعي الى الغداء : والله لا أتغدى ، فإنه يتقيد بالغداء المدعو إليه ، لأنه المراد عرفا . ونظائر ذلك كثيرة » اهـ وجعل هذا في فصول البدائع مما تركت فيه الحقيقة بالقرينة العرفية . نعم بيننا وبينهم خلاف في تفاصيل مسائل البساط .

فالحاصل أن مذهب الحنفية بناء الأيمان على العرف قوليا أو عمليا ، ومنه القرينة العرفية المتقدمة ؛ ذلك لأن اليمين إرادة للحالف يعبر عنها بالألفاظ المعروفة له ، كما أن العربي يعبر عن مراده بلغته ، فوجب صرف كلام كل متكلم إلى ما عهد أنه المراد به منه ، ويصدّق ديانة إن نوى ما يحتمله كلامه . وتقدمت في المقال الخامس حجة الحنفية على مخالفيهم في تقديم العرف العملي على اللغة .

ويعترض على القول ببناء الأيمان على العرف بما قاله صاحب الذخيرة والمرغيناني فيما لو حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث مع أن لفظ البيت في العرف مستعمل فيما يبات فيه عادة ، فلا تسمى الكعبة ولا المسجد ولا بيت العنكبوت بيتا عرفا ، وإن سميت في اللغة به ، قال تعالى « إن أول بيت وضع للناس للذى ببكة » . « في بيوت أذن الله أن ترفع » و « إن أوهن البيوت لبيت العنكبوت » وأجاب بعض المشايخ بأن هذا الحكم خطأ . وأجاب بعضهم بأن محل بناء الأيمان على العرف إذا لم يمكن العمل بحقيقة الكلام . قال ابن الهمام في الفتح : وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف ، فإن المعتبر حينئذ هي اللغة إلا ما تعذر .

وهنا يحسن أن نتعرف المراد من قول الحنفية : الأيمان مبنية على العرف . المراد من هذه القاعدة أن المعتبر في البر والحنث هو المراد الذي يفيده اللفظ

العرف ، لكن ليس مطلقا بل فى ذلك تفصيل ، وهو أن لفظ الحالف بحسب اللغة إن كان يدل على الغرض العرفى بحقيقته المجردة عن إرادة معنى زائد عليها معها أو بمجازه فهو غرض معتبر ، فإرادة المعنى الحقيقى كما لو حلف لا يشم الورد وغرضه الورق ذو الرائحة فإنه معنى الورد الحقيقى ، وكما لو حلف أن فلانا كثير الرماد وغرضه أنه كريم ، فإن كثرة الرماد كناية عنه . وإرادة المعنى المجازى كما لو حلف لا يأكل الرءوس وغرضه الرءوس التى تباع مفردة فى مصره ، وكما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة وغرضه لا يأكل من ثمرها أو ثمنها ، وكما لو حلف لا يضع قدمه فى دار فلان وغرضه لا يدخلها ، فإن اللفظ قد استعمل فى هذه المرادات استعمالا مجازيا وهجرت حقائقها . ومن هذا ما فى تلخيص الجامع لو ساوم شخصا ثوبا فحلف لا يشتريه بعشرة فاشتراه بأحد عشر يحنث ، لأن غرضه لا يلتزم عشرة ثمنا لهذا الثوب مطلقا ، أى سواء كانت مفردة أو ضم إليها عددا آخر ، وهو معنى مجازى عرفى قرينته أن غرض من يريد الشراء نقص الثمن عن العشرة وعدم التزامها بإزاء المبيع ، فيعلم منه أن مراده مطلق العشرة أى الشاملة للمفردة والمقرونة بالزيادة ، ومعناه الحقيقى العقد على الثوب بالعشرة المفردة وهو مهجور .

أما إذا لم يدل لفظ الحالف على الغرض لا حقيقة ولا مجازا ، فلا تبنى عليه الأيمان ، ولا يحنث الحالف بفواته : كمن حلف لا يخرج من الباب وغرضه القرار فى البيت ، أو حلف لا يضرب ابنه سوطا وغرضه منع نفسه عن إيلامه ، أو اغتاظ على زوجته فحلف لا يشترى لها شيئا بقرش وغرضه إيذاؤها وعدم الإنعام عليها ، أو حلف ليغدين فلانا بجنيه وغرضه ليغدينه بشىء عظيم القيمة : فإن هذه الأغراض ليس فى لفظ الحالف ما يدل عليها لا حقيقة ولا مجازا ؛ فلو فاتت بأن خرج من السطح ، وضرب ابنه بعصا ، واشترى لزوجته شيئا بجنيه ، وغدى فلانا بطعام تافه اشتراه بجنيه ـ لا يحنث ، فإن هذه الأفعال وإن فوتت غرض الحالف لكنها لا توجب الحنث ، لأن شرطه فعل المحلوف عليه الذى دل عليه اللفظ ؛ أما تفويت الغرض الذى لم يدل عليه اللفظ لا حقيقة ولا مجازا فإنه لا أثر له . قال فى الأشباه والنظائر « قاعدة : الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض » اهـ .

ومراده أنها مبنية على الألفاظ العرفيه لا على الأغراض التي لم يدل عليها اللفظ لا حقيقة ولا مجازا . قال ابن عابدين قال الإمام الخلاطي في كتابه الذي لخص به كتاب الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن في باب اليمين في المساومة : حلف لا يشتريه بعشرة ، حنث بأحد عشر ؛ ولو حلف البائع يحنث به ، لأن مراد المشترى المطلقة ، ومراد البائع المفردة وهو العرف . ولو اشترى أو باع بتسعة لم يحنث لأن المشترى مستنقص ، والبائع وإن كان مستزيدا لكن لا يحنث بالغرض بلا مسمى ، كمن حلف لا يخرج من الباب أو لا يضرب سوطا أو لا يشتريه بفلس أو ليغدينه اليوم بألف ، فخرج من السطح ، وضرب بعصا ، واشترى بدينار ، وغدى برغيف مشترى بألف ، لم يحنث ، كذا بتسعة ودينار أو ثوب ، وبالعرف يخص ولا يزاد حتى خص الرأس بما يكبس ، ولم يرد الملك في تعليق طلاق الأجنبية بالدخول اه .

بقي الكلام في أمرين : الأول أن فقهاء الحنفية ذكروا في باب اليمين قاعدتين : القاعدة الأولى الأيمان مبنية على العرف . القاعدة الثانية : الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض . يخال بين القاعدتين تناقض من وجهين : الوجه الأول أن قولهم الأيمان مبنية على العرف مشعر باعتبار الغرض العرفي وإن كان خارجا عن اللفظ المسمى وزائدا على معناه الحقيقي والمجازي ، وهذا ينافي قولهم في القاعدة الثانية . لا على الأغراض . الوجه الثاني : أن قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ عام شامل للألفاظ اللغوية والشرعية والعرفية ، وهو يتنافى وقولهم الأيمان مبنية على العرف . ودفع الشرنبلالي هذا التنافي بحمل القاعدة الأولى على الديانة ، والثانية على القضاء ، وهو دفع غير صحيح ، ولا يتمشى مع أحكام المذهب . والصحيح أن يقال في الدفع : قولهم الأيمان مبنية على العرف ، معناه أن المعتبر هو المقصود العرفي الذي يدل عليه اللفظ المسمى ولا عبرة بالمقصود العرفي الذي لم يدل عليه اللفظ بدليل قولهم : لا على الأغراض ؛ وقولهم الأيمان مبنية على الألفاظ أي الألفاظ العرفية دون اللغوية والشرعية ، بدليل قاعدة الأيمان مبنية على العرف .

الأمر الثاني : معنى قول صاحب تلخيص الجامع : وبالعرف يخص ولا يزاد : أن الإرادة العرفية تصلح مخصصة للفظ العام ، كما خص لفظ الرءوس بما اعتيد

بيعها مفردة ولا يراد بهـا على مدلول اللفظ الحقيق ، أو مراده المجازى بأن يراد مدلول اللفظ ويراد معه غـيره ، كأن يراد فى حلف الشخص لا يبيعه بعشرة العشرة وما نقص عنها ، أو يراد فى قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق تعليق الطلاق بالدخول فى حال كونها ملكه إذ ليس لهذا الاستعمال مسوغ لغوى ، لأن قانون اللغة استعمال اللفظ فى حقيقته أو فى مجازه ، أما استعماله فى حقيقته وإرادة شيء أجنبي عنها معها فـلا وجه له من اللغة ، ولذلك قالوا فى هـذين المثالين : لو باعه بتسعة أو تزوج المحلوف عليها ودخلت الدار لا يحنث .

أما إذا هجر المعنى الحقيق بالكلية وأريد من اللفظ غرض آخر فـلا مانع منه ، كما فى : لا أضع قدمى فى دار فلان ، فإنه صار مجازا عن الدخول مطلقا ، فنى هذا لا يعتبر المعنى الحقيق أصلا حتى لو وضع قدمه ولم يدخل لا يحنث لأن اللفظ هجر وصار المراد به معنى آخر [1] .

---

(١) انظر رد المحتار جـ ٣ ص ١١٠ ، رفع الانتقاض رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ٢٩٢ .

التقسيم الثانى

للصيغة الى مجردة عن الشرط ومقترنة به

الصيغة المجردة عن الشرط هى التى لم يتصل بها التزام آخر ، كأن يقول أجرتك هذا المنزل ، ووقفت هذه الضيعة على الفقراء ولا يزيد . والمقترنة به كما يؤخذ من مجموع كلامهم فى كتاب البيوع : هى ما اتصل بها التزام آخر زائد على أصلها بصيغة لفظية أو عرفية ، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضيات التصرف أو ملائماته أولا ، وسواء أكان فيه نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما أولا : وذلك كأن يقول البائع : بعتك هذه الدار على أن أسكنها ستة أشهر ، أو على أن لى الخيار ثلاثة أيام ، ووقفت هذه الضيعة على الفقراء على أن لى الانتفاع بها مدة حياتى . ومثال الشرط العرفى أن يبيع سلعة بثمن ولا يشترط فى العقد حلول ولا تأجيل والمتعارف التأجيل الى شهر أو التقسيط على شهور ، وكما لو وكل وكالة مطلقة ببيع شىء فى تبعيضه ضرر عرفا كان ذلك اشتراطا ، لعدم تفريق الصفقة على الوكيل .

وبعد هذا أقول : القياس والأصل العام أن ما كان معاوضة مال بمال يفسد بالشروط الفاسدة عندنا . والشروط الفاسدة هى التى لا يقتضيها العقد ولا يلائمها ولم يرد بها الشرع وفيها نفع لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الإستحقاق ، كأن يشترى دارا ويشترط عليه البائع أن يسكنها مدة ، أو يشترى ثوبا ويشترط على البائع أن يخيطه . فخرج من الشروط ما يقتضيه العقد بحيث لو لم يصرح به لكان واجبا بحكم العقد ، كاشتراط المشترى الرد بالعيب عند ظهوره ، والذى يلائم العقد وهو ما فيه تأكيد وتوثيق لمقتضاه كاشتراط البائع والزوجة رهنا أو كفيلا بالثمن والمهر . والذى ورد الشرع بجوازه كاشتراط الخيار أو تأجيل الثمن فهذه كلها شروط صحيحة يصح معها العقد ويجب الوفاء بها . وخرج ما لا نفع فيه لإنسان كشراء سيارة بشرط أن يسيرها بزيت خاص فإنه شرط باطل لا أثر له . ولما كان للشروط فى المعاملات المالية مكانتها وخطرها ، فسأورد آراء الفقهاء ومداركهم فى هذا الأصل فأقول : وبقول الحنفية قال الشافعى فى البيع ، إلا أن المشهور من مذهبه

صحة اشتراط العتق فيه . وقال ابن أبي ليلى : إذا وجد الشرط فى البيع يصح البيع ويبطل الشرط . وقال ابن شبرمة : يصحان . وقال مالك : إن كان الشرط منافيا لمقصود العقد كبيع دابة على أن لا يبيعها أو لا يهبها أو تخلا بالثمن كالبيع بشرط القرض بطل البيع والشرط . وإلا فهما صحيحان . وقال ابن حنبل : إن شرط البائع لنفسه نفعا معلوما كحملان البعير ، أو شرط المشترى نفعا معلوما من البائع فى المبيع كخياطة الثوب وحصاد الزرع ، صح العقد والشرط ، وإن شرط ما ينافى مقتضى العقد صح العقد وبطل الشرط .

ومنشأ النزاع فى المسألة أنه ورد فيها أحاديث متعارضة ؛ روى الطبرانى فى الأوسط بسنده إلى عبد الوارث بن سعيد ، قال : قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا ، فقال : البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبى ليلى فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فسألته ، فقال : البيع جائز والشرط جائز ، فقلت ياسبحان الله : ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا فى مسألة واحدة ! فأتيت أبا حنيفة ، فأخبرته ، فقال : لا أدرى ما قالا ؛ حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل . ثم أتيت ابن أبى ليلى فأخبرته فقال : ما أدرى ماقالا ؛ حدثنى هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها قالت : أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة فأعتقها ؛ البيع جائز والشرط باطل . ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : ما أدرى ما قالا ، حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضى الله عنه قال : بعت من النبى صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لى حملانها إلى المدينة ؛ البيع جائز والشرط جائز . والحديث رواه فى بلوغ المرام عن الحاكم بلفظ نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وقال إنه غريب . ولفظ حديث بريرة فى الصحيحين والسنن أصرح مما هنا ، وهو أنه صلى الله عليه وسلم : قال لعائشة رضى الله عنها خذيها واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ، ثم خطب الناس فقال : ما بال الناس يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ! من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط . قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق . وأخرج البيهقى ومالك فى الموطأ عن عبيد الله بن عتبة أن عبد الله بن مسعود

ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك إن بعتها فهى لى بالثمن الذى تبيعها به ، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر ابن الخطاب : لا تقربها وفيها شرط لأحد. قال النووى فى المجموع : وهو أثر صحيح.

رأينا مما تقدم أن ابن أبى ليلى أخذ بحديث هشام، وابن شبرمة أخذ بحديث مسعر، وأبا حنيفة أخذ بحديث عمرو بن شعيب . وبهذا الحديث أخذ الشافعى أيضا إلا أنه استثنى العتق بما فى حديث بريرة . ذلك لأن قوم بريرة شرطوا على السيدة عائشة رضى الله عنها عتقها وأن يكون الولاء لهم، والنبى صلى الله عليه وسلم إنما رد شرط الولاء وسكت عن العتق [1] . والحاصل أن الشافعى خص حديث عمرو بحديث بريرة . وأخذ مالك بحديث عبيد الله بن عتبة ، فإن الشرط الذى تضمنه وهو أنه إن باعها عبد الله كانت لامرأته بالثمن الذى باعها به ، مناف لمقتضى العقد ، لأن مقتضاه أن يبيعها لمن شاء . قال الزرقانى [2] وعليه حمل نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . وأجاب عن حديث جابر بأنه لا مانع من الحملان إلى مسافة قريبة للتسامح فيه عادة . وأخذ ابن حنبل فى صحة اشتراط النفع المعلوم للبائع أو المشترى بحديث جابر ، وفى بطلان الشرط المنافى بحديث بريرة ، فعمل فيما دلا عليه بنصهما ، وفى غيره بالقياس عليهما . قال ابن القيم [3] فى حديث بريرة : وتضمن حكما من أحكام الشريعة ، وهو أن الشرط الباطل إذا شرط فى العقد لم يجز الوفاء به اهـ والمراد بالباطل ما نهى عنه الشارع كما يشعر به الحديث ، أما ما لم ينه عنه فهو صحيح عنده يجب الوفاء به .

هذه مدارك الفقهاء . أما الحنفية فإنهم وجدوا أن حديث عمرو بن شعيب نهى محرم ، وحديثا بريرة وجابر مبيحان ، فيقدم المحرم ويحمل الحديثان على ورودهما قبل النهى كما هى أصولهم . وقالوا فى خصوص حديث جابر كما قال الشافعى : إنه اشتراط لم يكن فى صلب العقد . ثم يقال للشافعى : إن الخاص لا يقدم على العام بل يعادله لقطعيته فى العموم و يطلب الترجيح بينها ، ولو سلم أنه يقدم

---

(١) انظر مغنى المحتاج جـ ٢ صـ ٣٣ .

(٢) شرح الموطأ جـ ٣ صـ ٢٥٨ .

(٣) انظر زاد الميعاد جـ ٤ صـ ٣٦ .

عليه ، فليس فى حديث بريرة ما يفيد اشتراط العتق ، والعتق من عائشة بطريق الابتداء لا تنفيذاً لشرط سابق .

ويقال لمالك رضى الله عنه : لا دليل على تخصيص حديث نهى عن بيع وشرط بالشرط المنافى . وحديث ابن مسعود من باب إفراد فرد من العام بحكم فلا يخصص النهى عن بيع وشرط . على أن فى كلام عمر رضى الله عنه « لا تقربها وفيها شرط لأحد » مايدل لرأى الحنفية . ويقال لبقية المذاهب إنكم عملتم ببعض الأحاديث وتركتم البعض ، والتفصيل واضح .

وبهذا يترجح مذهب الحنفية أى فساد البيع والشرط بترجح حديث النهى عن بيع وشرط ، ويدل له أثر عمر رضى الله عنه كما تقدم ، ثم يتعدى هذا الفساد إلى كل ما هو مبادلة مال بمال كالإجارة والقسمة ، لأن المعنى فيه أن اشتراط النفع الذى لا يقتضيه البيع ولا يلائمه ربا ، لأنه فضل خال عن العوض فى معاوضة مال بمال ، لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض ، وهذا المعنى موجود فى كل معاوضة مالية فتلحق بالبيع فى حكمه ، بخلاف ما ليس مبادلة مالية كالزواج والخلع والقرض والرهن فإنه يصح ويبطل الشرط لعدم جريان الربا فيها .

وقد خرج عن هذا الأصل الشروط التى جرى بها العرف ، فإنها تصح وتلزم من اشترطت عليه ويصح العقد معها استحسانا ، كمن اشترى ساعة على أن يصلحها البائع له مدة كذا ، وكشراء الثمار الناضجة على الأشجار بشرط تبقيتها حيث يجوز عند محمد للتعامل .

وأمثال ذلك كثير فى المعاملات ولاسيا بين التجار ، فقد أصبح جل الشروط فيما بينهم متعارفا . وهذا الاستحسان رأى الحنفية ما عدا زفر ، فإنه تمسك بالأصل العام .

وجه هذا الاستحسان هو العرف ، فإنه يترك به القياس والأصل العام كما ، ترك به فى الإستصناع والاستئجار على صبغ الثوب ودخول الحمام ، مع أن فى الأول بيع المعدوم ، وفى الأخيرين إجارة على استهلاك الأعيان .

هذا وقد ورد على اعتبار هذا العرف اعتراض ، وهو أنه مصادم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، والعرف مع قيام النص باطل . وأجاب الأكمل فى العناية بأن النهى معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة .

والعرف ينفى النزاع ، فكان موافقا لمعنى الحديث . وتبعه على هذا الجواب صاحب المنح وأقره ابن عابدين . وخلاصة الجواب : أنه لا تعارض بين النص والعرف ، لأن النص بعد تعليله أصبح المراد منه النهى عن الشرط المفضى إلى النزاع .

أقول : وفى هذا الجواب نظر ؛ لأنه إنما يصح أن لو علل فقهاؤنا النهى بالإفضاء إلى النزاع فقط ، ولكنهم عللوه أيضا بأن اشتراط النفع الذى لا يقتضيه العقد ربا ، لأنه فضل خال عن عوض فى معاوضة مالية ، ولهذا عدوا الحكم إلى كل معاوضة مالية كما تقدم . وغير خاف أن هذا المعنى موجود فى الشرط المتعارف وغيره ، وعليه فالعرف لا يزال قائما فى موضع النهى ، ولم يتم الجواب .

والذى يبدو لى من كلامهم فى توجيه الاستحسان ، أن هذا العرف مما رد الى الإجماع العملى ، كما صرح بهذا صاحب العناية ومجمع الأنهر . ويؤيده أن جميع من قرأت لهم من المتقدمين نظّر هذا العرف بالعرف الذى ثبت به الاستصناع : فيكون مخصصا لعموم النهى عن بيع وشرط .

لكن يرد أنه لو كان من قبيل العرف الذى ثبت به الاستصناع لشرط فى اعتباره أن يكون عاما ، لأنه يكون حينئذ مردودا الى الإجماع أو دلالته التى علتها الحاجة العامة . وهذا يتنافى وتصريحهم فى الشرط المتعارف بأنه يختلف باختلاف الأمكنة . وقال فى فتح القدير بعد الكلام عن شرط حذو النعل المتعارف « ومثله فى ديارنا أى مصر شراء القبقاب على أن يسمر له سيرا » اهـ . إلا أن يكون هذا مما عمل فيه بالعرف الخاص كوقف المنقول . وبعد : فالمسألة لا تزال فى مجال النظر والبحث .

وليعلم أن الشروط فى المعاملات أمرها مهم جدا ، وهو المحور الذى يدور عليه التبادل بين الناس ، فإنا لا نكاد نرى عقدا من العقود المالية يخلو منه . وقد عرفنا أن رأى الحنفية فى الشرط المتعارف صحته ولزومه . فإذا حزب الأمر واشتدت الحاجة الى شرط لا عرف فيه ، فلا جناح على المفتى أن يفتى بمذهب ملائم من مذاهب المسلمين التى بسطتها فيما تقدم ولا يكون ذلك خروجا عن مذهب الحنفية بل هو مقتضى قواعده .

ويتفرع على صحة العقد والشرط ولزومه إذا تعورف الشرط ، صحة بيع الوفاء إذا جرى به العرف .

بيع الوفاء

هو عقد شرط البائع فيه أنه متى رد الثمن الى المشترى رد المشترى إليه المبيع سواء أكان الثمن نقدا أو دينا كان على البائع . فهو بيع شرط فيه على المشترى نفع لا يقتضيه العقد وهو الفسخ عند سداد الثمن . سمى بيع الوفاء لتعهد المشترى بالوفاء بالشرط ، وهذا النوع من البيوع تعاملوا به حينما شحت النفوس وأصبح المرء لا يستطيع الاستدانة إلا بنفع ، فوجدوا أن إعطاء الدائن فائدة ربا ، وهو حرام ، فرغبوا فى بيع الوفاء .

وقد اختلف فقهاؤنا فى حكمه اختلافا كثيرا حتى بلغت آراؤهم التسعة ، وسأذكر بهداية الله أهمها :

قال نجم الدين النسفى أستاذ صاحب الهداية : « اتفق مشايخنا فى هذا الزمان — وهم فقهاء سمرقند فى القرن الخامس والسادس — فجعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه ، وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس إليه ولتعاملهم به ، والقواعد قد تترك بالتعامل ، وجوز الإستصناع لذلك » اهـ . وفى شرح الأشباه لهبة الله أن ما ثبت به عرف عام لا خاص [1] فيكون هذا العرف مخصصا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط .

وقال بعض مشايخ المذهب كأبى شجاع وعلى السغدى وأبو الحسن الماتريدى إنه رهن تثبت له كل أحكامه ، فلا يملكه المشترى ولا ينتفع به إلا بإذن البائع . ولو استأجره البائع لا تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون . ويسقط الدين بهلاكه ، ولا يضمن ما زاد ، كالأمانة ، ويسترده الراهن عند قضاء الدين . وإذا مات يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء . قالوا : لأن العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ ، كالهبة بشرط العوض تكون بيعا ، والكفالة بشرط براءة الأصيل تكون حوالة ؛ فهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند قضاء الدين كان رهنا ،

(1) جـ ٢ صـ ٢٠٨ أن ما جرى به العرف العام فهو بيع العقار أما المنقول فلم يجر به إلا عرف خاص .

لأنه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين . وهذا القول اختاره صاحب جامع الفصولين وبعض المتأخرين .

وقال بعض مشايخ بخارى : إنه كبيع المكره فاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون قابلا للفسخ وإن باعه المشترى وتداولته الأيدى ، لأن الفساد لفوات الرضا كما فى البيع المكره عليه . هذه أشهر الأقوال .

مناقشة وترجيح : ثم يقال لبعض مشايخ بخارى : إنما يكون هذا البيع كبيع المكره إذا حصل للبائع فعل يصير به مدفوعا إليه ويعدم رضاه به ، ولم يوجد هنا إلا حاجة طبيعية دعت إلى هذا النوع من التصرفات كالحاجة الداعية إلى البيع والرهن والقرض ، لأن له أن يقضى حاجته بالبيع البات ، فإلحاقه بالإكراه جمع بين المفترقين . ويقال لأبى شجاع ومن معه : إن اعتبار هذا العقد رهنا يستدعى التجوز بلفظ البيع الوارد فيه عن الرهن ، كما تجوّز بلفظ الكفالة بشرط براءة الأصيل عن الحوالة . والألفاظ الشرعية يجب إعمالها فى حقائقها ، ولا يتحمل عنها إلى المجاز إلا عند القرينة الصارفة . وشرط الفسخ عند أداء الثمن لا يصلح قرينة صارفة عن حقيقة البيع بل هو جزؤها : وذلك لأن العرف العام لما أثبت جواز بيع الوفاء صار الإتيان بالشرط مكملا لحقيقته لا صارفا عنها . وصحيح أن العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ ، ولكن هذا إذا غاير المعنى والمقصود مدلول اللفظ ، أما إذا طابقه فالعبرة لهما معا .

فالذى يترجح أن بيع الوفاء عقد قائم بنفسه ، له أحكام خاصة به ، للعرف . وأفتوا به كما فى الزيلعى[1] لحاجة الناس . وقد اختاره صاحب الهداية حيث سماه البيع الجائز المعتاد . قال فى النهاية : وعليه الفتوى .

وعلى القول بالجواز ينتقل الملك الى المشترى ، ينتفع بالمبيع ما دام فى يده . ويمتنع من إخراجه عن ملكه بسبب من أسباب التمليك ، ويرده على البائع إذا رد عليه الثمن أو قضاه الدين . وإذا هلك يهلك من ضمانه . وذكر أبو السعود[2] عن عماد الدين أنه إذا مات المشترى قام ورثته مقامه فى أحكام الوفاء .

---

(١) جـ ٥ ص ١٨٣ .

(٢) انظر حاشية أبو السعود على منلا مسكين جـ ٣ صـ ٢٨٩ .

قولهم المعروف كالمشروط

تكررت هذه العبارة كثيرا فى كتب فقهائنا بألفاظ مختلفة فى معرض الاستدلال . فنى المبسوط من كتاب الإجارة [1] : والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص . وفيه بعد صفحة : والثابت بالعرف كالثابت بالشرط . وفى إجارة الظهيرية : والمعروف عرفا كالمشروط شرطا . وفى الزيلعى : المعتاد كالمشروط الخ . وليس مرادهم بالشرط هنا ما تقدم تعريفه ، بل المراد به النص الصريح سواء أكان شرطا بالمعنى المتقدم كالشراء ممن اعتادوا تقسيط الثمن ، أو إيجابا وقبولا كالبيع بالمعاطاة ، وكتجهيز الأب ابنته فى بلد جرى العرف فيه بأن الأب يدفع الجهاز الى ابنته هبة لا عارية على ما هو المفتى به ، أو كان التزاما لأجرة المثل كمن دفع ثوبه الى خياط أو صباغ اعتاد العمل للناس بالأجر كما هو قول محمد . قال شيخ الإسلام خواهر زاده وغيره : وعليه الفتوى . قال فى الأشباه : ولا خصوصية للصباغ ، بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالاشتراط . ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما فى البزازية . ومن هذا القبيل المعد للاستغلال اه فإن العرف استعمل هذه الأشياء كلها بالأجر . وسواء أكان بيانا لما يدخل فى المعقود عليه تبعا من غير تصريح بذكره كدخول علو الدار فى بيعها ، وكدخول الغرف فى الاستئجار على الطبخ للوليمة ، أو وصفا يبين نوع المنفعة المعقود عليها كاستئجار الدار بلا بيان نوع الانتفاع بها حيث ينصرف الى السكنى :

فإنهم يستدلون على هذا كله بهذه القاعدة « المعروف كالمشروط » فمعناها إذاً أن الشيء المعتاد فى المعاملات يلزم فى العقد كما لو نص عليه فيه نصا صريحا .

وهى مقررة فى فقه المالكية ، فقد شاع عندهم : العادة كالشرط . وأفتى الإمام المازرى فيما إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق وعرفها المتعاقدان ، أن هذه العادة بمنزلة التسمية ، ويحكم بذلك القدر المتعارف ، ولا يكون النكاح من قبيل نكاح

---

(١) أنظر المبسوط جـ ١٥ ص ١٧١ .

التفويض ، قال فى التبصرة : وفى سماع ابن القاسم : سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس وجل الناس تعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة ؛ أترى أن يقضى به ، فأن كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه السلطان ، لأنى أراه أمرا قد جروا عليه اهـ . فقد نزل عرفهم فى الهدية منزلة اشتراطها على الزوج فى عقد الزواج . وقدمت عن هذا الكتاب فتوى ابن عتاب بحلول الدين فى امرأة أقرضت زوجها وأجلته خمس سنين ثم طلقها فطالبته بالقرض مدعية أنها إنما أجلته أملا فى حسن العشرة ، وسنده فى هذه هو أن المتعارف من أمر النساء ذلك ، فنزل منزلة اشتراط حسن العشرة فى التأجيل .

أما الشافعية فلهم فى القاعدة وجهان ، أصحهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط ؛ فإن السيوطى فى كتابه الأشباه ص ٦٦ سأل هل تنزل العادة منزلة الشرط ؟ وأجاب بذكر فروع حكى فيها قولين فى المذهب ، أصحهما لا يكون كالشرط ؛ فمنها لو عم فى الناس اعتبار منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرط حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم . ومنها جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان أصحهما لا . ومنها لو دفع ثوبا مثلا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة وجرت عادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف ، والأصح فى المذهب : لا ، واستحسن الرافعى : نعم اهـ .

ويظهر أن منشأ عدم الاتفاق على أن المعروف كالمشروط ، هو أن الالتزام لا يثبت إلا بدليل قوى ، ودلالة اللفظ أصرح من دلالة العرف فى رأى البعض . ويرى البعض الآخر مساواتهما ، لأن العرف يفهمه ويسلم له الناس جميعا ، لأنه تعبير عن الإرادة العامة غالباً ، ولهذا تنقطع عنده المنازعة . وقد أخذ بهذه القاعدة علماء المجلة العدلية ، وجعلوها دعامة ثابتة ترتكز عليها المعاملات كما هو نص المادتين ٤٣ ، ٤٤ . وأخذ بها القانون المصرى لا سيما فى المعاملات التجارية سواء فى العقود التى تبرم بين التجار كالبيع والاجارة والكفالة والوكالة ، أو فى بيان طريقة التعامل ، كشحن البضائع بطريقة معينة ، والإعطاء بالنقد أو بالأجل ، أو فى تقرير الأحكام القانونيـة كتعيين المسئول عن هلاك السلع . وقد زاد فى

احترامها حتى جعله مقدما على نصوصه . فقد شرط القانون المدنى فى صحة التضامن أن يكون مصرحا به ، والعرف التجارى يقضى بوجود التضامن فى المعاملات التجارية وإن لم ينص عليه ، وكذلك نص القانون على أن المبيع إذا لم يطابق الصفات المتفق عليها يفسخ البيع . والعرف يقضى فى هذه الحالة بتخفيض الثمن ، والقضاء جار على العرف فى المسألتين [1] .

إلى هنا تقرر عند الحنفية أن الثابت بالعرف كالثابت بالشرط ، وتبين أن عموم هذه القاعدة شامل للشرط الفقهى ، وسبق فى أول التقسيم ذكر الفاسد والصحيح منه ، وأثر كل فى المعاملات . وعن هذا يخرج الجواب عن مسألة كانت واقعة فتوى ابن نجيم ، وهى أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك فهل يكون ذلك شرطا ملزما لضمانها ؟ مقتضى ظاهر المذهب عدم الضمان ، لأن شرط ضمان العارية عند الهلاك شرط فاسد فى غير معاوضة مالية . ونقل الزيلعى [2] رواية تفيد صحة اشتراط الضمان والإلزام . ووجهها ورود الشرع بهذا الشرط ، لما روى أبو داود وأحمد عن صفوان بن أمية ، أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدرعا ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال بل عارية مضمونة ، . بناء على أن قوله مضمونة صفة مخصصة ، ويكون الحديث مخصصا للأحاديث النافية للضمان . وقد رد هذه الرواية صاحب الدر المختار وهبة الله فى شرح الأشباه ، ولكن من حفظ حجة . على أن صاحب المبسوط [3] نقلها عن المنتقى . ومقتضى هذه الرواية أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك ينبغى أن تضمن كما أفتى ابن نجيم ، لأنه شرط صحيح لورود الشرع به .

ويتخرج أيضا حرمة أخذ الزيادة فى القرض إن جرى العرف بها ، لأنها تكون كالمشروطة صراحة فى صلب العقد .

بقى الكلام فى مسألة ، وهى أن الفقهاء قالوا فيما إذا اشترى ثمارا على الأشجار أو رطبة على الأصول : إن اشتراها بشرط الترك فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه

---

(١) انظر أصول القوانين للدكتور السنهورى والقانون التجارى للدكتور محمد صالح ص ٢٥

(٢) « التبيين جـ٥ ص ٨٥

(٣) « المبسوط جـ ١١ ص ١٣٣

العقد لشغل ملك البائع ، وفيه نفع للمشترى وهو زيادة النمو والنضج والصيانة من التلف ، إلا إذا تناهت عند محمد فيصح الاشتراط للعرف . وإن اشتراها من غير اشتراط تركها أو قطعها وتركها المشترى الأصح أن الترك إن كان مأذونا فيه طابت له الزيادة ، وإلا لا تحل له ، وتصدق بما زاد فى الثمار والرطبة زيادة متصلة .

لكن الناس قد تعارفوا الترك حتى يظهر المعدوم وينمو الصغير وينضج الفج وتصرف السلعة فى الأسواق ، وتغلغلت هذه العادة فى نفوسهم حتى لو علم المشترى أن البائع يأمره بالقطع لا يقبلها بعشر الثمن . ومقتضى هذا العرف أن يكون الترك مشروطا ، لأن المعروف كالمشروط . فهل يفسد البيع بهذا لأنه صار بيعا بشرط فاسد ؟ ولم يجب عن هذا ابن عابدين فى رد المحتار [1] بل قال : فتأمل . وأجازه فى نشر العرف [2] للعرف ، قال : فإنه حيث جاز للعرف بيع المعدوم مع أن بيعه باطل لا فاسد فيجوز البيع مع هـذا الشرط بالأولى . فتأمل ذلك ، واعمل بما يظهر لك فإنى لا أجزم بما قلته لأنى لم أر من صرح به ا هـ .

ويمكن أن يقال : إن العرف الذى جعل ترك الثمار والرطبة شرطا صريحا فى البيع ، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفا ، فيكون بيعا بشرط متعارف ، فيصح استحسانا ، وتحل الزيادة ، أذن البائع فى الترك ، أو لم يأذن .

---

(١) انظر رد المحتار جـ ٤ صـ ٥٩ .

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ صـ ١٤٠ .

الفصل الثالث

موجب الخيارات والحقوق

الخيارات : جمع خيار ، وهو اسم مصدر بمعنى الاختيار . والمراد به اختيار إمضاء العقد وفسخه . والأصل فى العقود أن تثبت أحكامها على وجه الابتداء والتمام واللزوم . وقد يمنع من ذلك وجود خيار فى العقد . وموجبات الخيار كثيرة ، أذكر منها : الرؤية ، والعيب ، وعدم الكفاءة .

الرؤية

أخرج البيهقى وابن شيبه عن مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا : « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ؛ إن شاء أخذه وإن شاء تركه » . أثبت الحديث خيار الرؤية للمشترى إذا لم يكن رأى المبيع ، فإن كان قد رآه فلا خيار له عملا بالأصل ، ولأنه لا مصلحة فى إثباته . ثم الرؤية التى تكون سببا فى الخيار تارة وفى إسقاطه أخرى تتحقق بالعلم بكل المبيع ، كأن يشترى سيفا ويراه . وقد يكتفى برؤية ما يفيد العلم بالمقصود عرفا لتعذر رؤية الكل شرعا ، أو عادة كرؤية الضرع فى شراء ماشية للقنية أو للحلب ، ورؤية بعض مالا تتفاوت آحاده كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب . وعلامة غير المتفاوت أنه يكتفى فى العرف عند بيعه برؤية نموذجه أى مثاله ، وقد يتغير ما يفيد العلم تبعا للعرف ، فإن العرف يختلف بحسب أجزاء الشيء وبحسب المقصود منه ؛ وذلك كشراء الدار ، قال المتقدمون يسقط الخيار برؤية صحنها قبل الشراء بناء على عادتهم من عدم التفاوت فيها إلا فى الصغر والكبر والجدة والقدم ، أما الآن فلا بد من رؤية جميعها لتفاوتها فى الحجر والمرافق والمقاصد ؛ وكالثوب المطوى ، قال المتقدمون : يكتفى برؤية ظاهره لأن الظاهر يعرف الباطن . قال فى الفتح : قيل هذا فى عرفهم ، أما

فى عرفنا فالم ير باطن الثوب لا يسقط خياره ، لأنه استتر خلاف الباطن والظاهر فى الثياب .

فالحاصل : أن ما يفيد العلم بالمقصود مفوض إلى العرف ، إلا أنه قد يدوم كما رأينا فى شاة الحلب ، وقد يتغير كما رأينا فى الدور والثياب . والعرف العام والخاص هنا سواء ، لأنه مما رجع إليه فى تطبيق الحكم المطلق .

يرجع فى معرفة العيوب إلى العرف

البيع المطلق عن شرط البراءة من العيوب يقتضى وصف السلامة فى المبيع ، لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كتب للعداء بن خالد ، هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم ، والمعتاد قصد شراء مابه تندفع الحاجة على الكمال وهو السلعة السليمة ، فصار وصف السلامة كالمشروط فى البيع ، فإذا فات ثبت خيار العيب لئلا يتضرر بإلزام ما يكرهه .

ثم الضابط الغالب للعيب أنه ماينقص قيمة المبيع فى عرف أهل الخبرة . والمراد بأهل الخبرة أصحاب الدراية بالسلعة المبيعة كالصناع والتجار ، والزراع . فعيوب الكتب أهل الدراية بها العلماء أو تجار الكتب . وعيوب الجوهرات والحلى أهل الخبرة بها هم الجوهريون والصاغة . وعدد الحرب أهل الخبرة بها صناعها وتجارها ، ورجال الحرب وهكذا . وإنما كان ضابط العيب ما تقدم لأن الرد به شرع دفعا للضرر عن المشترى ، وما ينقص قيمة المبيع فى العرف ضرر لاحق به .

وقيدنا الضابط بالغالب لأنه لو جعل كليا لا انتقض جمعا ومنعا . أما الأول فلأنه قد يتحقق العيب من دون أن ينقص القيمة فى العرف بأن يفوت به غرض المشترى ، كأن يشترى شجرة ليتخذ منها سفينة أو شاة للتضحية أو حذاء ، فوجد خشب الشجرة غير صالح ، والشاة مقطوع منها ما يمنع التضحية كالأذن ، والحذاء صغيرا . وأما الثانى فلأنه قد يتحقق نقص القيمة عرفا ولا يتحقق العيب بأن يكون المنقص للقيمة مما لا يغلب عدمه فى نوع المبيع كالشبوبة والشيخوخة فى الخيل والجودة والرداءة فى الحبوب . فلو اشترى حصانا فوجده هرما ، أو قحا

فوجده رديئا ، ليس له الرد بالعيب ، لأنه لا يغلب فى نوعهما عدم الحرم والرداءة ، فلا يقتضى مطلق البيع وصف السلامة منهما .

هذا وإن اختلف العاقدان فى غرض المشترى فالأصل أن القول للبائع لأنه المنكر ، إلا إذا شهد العرف للمشترى كأن اشترى شاة قرب زمن الأضحية وكان من أهلها ثم ادعى أنها للأضحية ، أو اشترى لبّان بقرة وادعى أنها للبن فوجدت الشاة غير صالحة والبقرة غير حلوب ، فالقول للمشترى فى القضيتين .

ثم العرف فى معرفة العيوب مما يرجع إليه فى تطبيق الأحكام العامة ، فالعرف العام والخاص فيه سواء .

رجع الفقهاء فى تفصيل صفات الكفاءة إلى العرف

رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وهذا الحديث وإن كان ضعيفا لأن فى سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة ، وهما مطعون فيهما ، لكنه يرتقى إلى الحسن ، والحجية بوجود شواهد من الحديث تفيد معناه كحديث الدارقطنى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أنه قال « لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » وما عن عائشة وعمر وأنس مرفوعا « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء » . على أن البغوى حسنه ورفعه ابن أبى حاتم من طريق جابر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسند حسن . ووجود الكفاءة فى عقد الزواج تكميل لمقصوده ، وهو انتظام مصالح الزوجية وتأسيس القرابات .

لهذا النص والمعقول قالت الحنفية عدا الكرخى باعتبار الكفاءة فى لزوم العقد ، وهو ظاهر الرواية . وفى رواية الحسن أنها معتبرة فى صحته . وهى حق الأولياء العاصبين إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلهم الخيار فى إمضاء العقد وطلب الفسخ دفعا لضرر العار عنهم .

ثم هذه الكفاءة التى ثبت إجمالها بما تقدم حاصلها أن لا يتصف الزوج بما يلحق العار بالزوجة وأوليائها عرفا . وقد فصلها فقهاؤنا فى ست صفات : النسب ، والحرية ، وإسلام الآباء ، والاستقامة فى الدين ، والمال ، والحرفة . والمعول

عليه فى هذا التفصيل هو عرف الناس فى الصفات التى يعظمونها ويفخرون بها ، أو يحقرونها ويعيرون بها ، لأن المعنى من مشروعية الكفاءة دفع المذلة عن الزوجة والعار عن الأولياء . وخلاف بعضهم فى بعض الصفات ، لأنه لا يراها مما يتعير به كما يدل على ذلك كله تعليلهم فى هذا الباب . وقال ابن الهمام فى الفتح [1] : فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه ـ أى بالأدلة المذكورة هنا ـ فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به ، فيستأنس بالحديث الضعيف فى ذلك ا هـ .

وليس المراد أن العرف استقل بتفصيل كل صفة من الست ، بل ثبت فى بعضها أحاديث كحديث الترمذى « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه » الحديث ، وكحديث بقية بن الوليد « الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربى لعربى ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما » ا هـ .

وعلى الجملة فالحديث الذى يثبت فى خصوص صفة من الصفات إن صلح للحجية استقل بإثباتها ، وإن كان ضعيفا أيد العرف .

هذا وتقدم أن من الصفات الحرفة . والمراد بها ما كان طريقا للاكتساب كالوظيفة والتجارة والزراعة والصناعة . قال باعتبار الكفاءة فيها أبو يوسف فى أظهر الروايتين عنه ، وأبو حنيفة ومحمد فى رواية عنهما ، والرواية الأخرى عن الإمام عدم الاعتبار ، والأخرى عن الصاحبين اعتبارها إذا فحشت فى الدناءة . وجه الاعتبار ما تقدم من حديث بقية ، ولأن عرف الناس التفاخر بشرف الحرف والتعير بدناءتها . وجه الرواية عن أبى حنيفة أن الحرف غير ثابتة بل يمكن التحول عن الدنيئة إلى الشريفة فلا يلحق العار بها . والجواب أن الحرفة الدنيئة وإن تبدلت بأشرف منها لكن عارها يبقى كما هو المتعارف . وذكر فى البدائع [2] عن الكرخى أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها . وأجاب أبو يوسف على عادة

---

(١) انظر الفتح جـ ٢ صـ ٤١٨ .

(٢) جـ ٢ ص ٣٢٠

أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة ، فيعيرون بالدنىء من الصنائع ، فلا يكون بينهم خلاف فى الحقيقة ا ه .

ثم المعتبر فى شرف الحرف ودناءتها هو العرف فى كل زمان ومكان ، كما قال ابن الهمام : إن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيه ورفعه ا ه . فالحياكة مثلا كانت قديما من الحرف الخسيسة . وقال ابن الهمام فى القرن التاسع : ينبغى أن يكون الحائك كفأ للعطار بالأسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها ، وعدم عدها نقصا البتة ا ه . وهى فى هذه الأيام كما قال ابن الهمام .

وكيفية الاعتبار أن الحرفتين إن اتحدتا كالمدرسين والقاضيين ، أو تقاربتا كالبقال والنجار ، وجدت الكفاءة ؛ وإن تباعدتا كتاجر الأقمشة والكناس انعدمت . والمعول عليه فى التقارب والتباعد هو العرف .

وقصارى القول : أن العرف اعتبر الحرفة فى ثلاثة أشياء : فى اعتبار الكفاءة فيها ، وفى مرتبتها ، وفى التقارب والتباعد بين أفرادها .

الحقوق

يغلب ورود الحق فى باب المعاملات بمعنى ما يثبت للإنسان ، وهى فى الشرع كثيرة متنوعة كالمملوكات من الأموال والمنافع ، وحقوق العقد ، وحقوق الارتفاق ، والحقوق المجردة . ويتصل ببحثنا منها حقان .

يرجع فى معرفة جنس النفقة وقدرها الى العرف

قال الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قُدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » وفيما رواه الجماعة إلا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبى سفيان : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . ومن خطبته صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع كما عند مسلم وغيره « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . أفادت الأدلة وجوب النفقة للزوجة على زوجها بقدر حاله أو بقدر حالها ، على الخلاف .

ثم هل هي معينة بالأصناف والمقادير أم هي مفوضة الى العرف ؟ الذى اتفق عليه الجمهور أن مقدار النفقة الواجبة هو ما يكفى الزوجة عرفا من الطعام خبزه وإدامه، والشراب والكسوة والمسكن والفراش والغطاء وأدوات الطعام والشراب والتنظيف والإضاءة. وذلك يختلف بالبلاد والفصول واليسار والإعسار والتوسط فان لكل مكان عرفه فى نوع الخبز وإدامه، وشراء الماء أو إباحته، ولباس البدن وغطاء الرأس، وحذاء الرجل ومنزل السكنى وآنية الاستعمال، بل فى المكان الواحد عادات مختلفة حسب اليسار والإعسار والتوسط، والصيف والشتاء.

فعلى القاضى عند فرض النفقة مراعاة ذلك كله وفرضه أصنافا أو تقويمه بالنقد. قال فى فتح القدير [1] : والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت ؛ وباعتبار الحال من اليسار والإعسار. ونقل فى البحر [2] عن الذخيرة وغيرها أنه ليس فى النفقة عندنا تقدير لازم، لأن المقصود من النفقة الكفاية، وذلك مما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم، ويختلف باختلاف الأوقات اه وما يروى من التقدير عن بعض الأئمة كما عن محمد من تقديرها على المعسر بأربعة دراهم فليس بتقدير لازم بل هو مبنى على عرفه. واستظهر فى رد المحتار تفويض مقدار اليسار والإعسار إلى العرف حيث لم يرد فيه عن المتقدمين تقدير.

وقال الشافعى بتعيين نفقة الطعام نوعا وقدرا، فقال يجب على الموسر مُدّان من غالب قوت البلد، وعلى المعسر مد، وعلى المتوسط مد ونصف. وقال القاضى أبو يعلى : الواجب من الطعام رطلان من الخبز فى كل الأحوال.

لنا أن الله سبحانه أوجب النفقة بحسب الوسع مطلقة لم يقيدها بصنف ولا بقدر، وردّتها السنة الى العرف كما فى الحديثين السابقين، فان المعروف كما قال الشوكانى هو القدر الذى عرف بالعادة أنه الكفاية، فكل تقدير على خلاف العرف تقييد للقرآن بلا دليل، ومخالفة صريحة للسنة، وإضرار بأحد الزوجين ؛ لأن كفايتها إن كانت بأكثر من التقدير كان إضرارا بها، وإن كانت بالأقل كان إضرارا به، ولا ضرر ولا ضرار فى الإسلام.

---

(1) جـ ٣ ص ٣٢٤. (2) جـ ٤ ص ١٩٠.

ووجه أصحاب الشافعى رأيه بقياس النفقة على الكفارة الواجبة، بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ، ويسد الجوع، ثم أكثر ما وجب فى الكفارة مدان كما فى كفارة الأذى، وأقله مد كما فى كفارة اليمين والظهار ، فأعطى هذا الحكم للنفقة على الموسر الأكثر، وعلى المعسر الأقل؛ لقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » . ولما لم يكن من العدل إلحاق المتوسط بأحد التقديرين ، جعل عليه ما بينهما . وجه ما قاله أبو يعلى القياس على الكفارات ، ولا تأثير لليسار والإعسار فى قدر المأكول ، لأن ما تقوم به البنيه لا يتغير، وإنما يظهر تأثيرهما فى الجودة وغيرها .

مناقشة وترجيح :

يقال للمخالف : إن هذا قياس فاسد الاعتبار، لأنه مصادم للنصوص التى اعتبرتها بالمعروف . سلمنا لكن تمنع حكم الأصل وهو الكفارة لأنها ليست مقدرة بالأمداد والأرطال كما تدعون بل الواجب فيها هو الإطعام من أوسط ما يطعم الأهل ؛ فالواجب فيها محال على إطعام الأهل الذى بينت السنة أنه بالمعروف ؛ فطعام الأهل أصل ألحق القرآن به طعام الكفارات : فقياسكم هذا تأصيل للفرع وتفريع للأصل على عكس القرآن . نعم ورد فى السنة وعن الصحابة والتابعين أنواع من الإطعام كالخبز مع اللحم أو السمن أو اللبن أو الزيت ، وكنصف صاع من بر أو صاع من تمر أو مد ، وهذه كلها ليست تحديدا للنص ولا تقييدا له بل هى من أفراد مطلقه ، وكل واحد منها يسمى إطعاما عرفاً . سلمنا فهو قياس مع الفارق العظيم ، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هى مقدرة بالكفاية ، وهى حق الله تعالى ، بخلاف النفقة فى كل ذلك . على أن قول الشافعى بالتقدير يستلزم باطلا ، لأن الزوجة إما أن تقبل الحب المقدر أو تأكل مع الزوج من خبزه ، فإن كان الأول احتاجت إلى مصاريف الطحن والإدام فلم يتحقق المقصود من النفقة وهو كفايتها ، وإن كان الثانى فإن وقع على سبيل التعويض عن الواجب الأصلى لها كان ربا ، وإن أكلت معه تبرعا بقى الأصل أى الأمداد أو الأرطال دينا فى ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ولا يقول بهذا الشافعى .

وإلى هنا يترجح الرأى القائل بتفويض النفقة إلى العرف . ثم العرف العام والخاص هنا سواء .

يفتى بتحديد مدة طلب التملك
فى الشفعة لفساد الزمان

روى ابن ماجه والبزار وابن حزم فى المحلى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «الشفعة كحل العقال». وفى رواية «الشفعة كنشطة العقال: إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها».

وحق الشفعة ضعيف بحيث يعد التأخير فى المطالبة به رضا بسقوطه، لأنه مستثنى من القواعد العامة، إذ هو تملك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر بالشفيع يحتمل الوجود والعدم.

لهذا كان لابد من المبادرة بطلبه عقب العلم بالبيع وهو طلب المواثبة، ولا بد كذلك من الإشهاد على طلبه ثانيا عند من سيكون خصما فى دعوى الشفعة، أو عند العين التى تعلق بها الحق إن لم يشهد على الأول وهو طلب التقرير؛ بهذا يتقوى ويستطيع الشفيع إثبات طلبه أمام القاضى عند الجحود.

وبعد هذا: هل لدعوى التملك أمام القاضى مدة مضروبة بحيث تسقط بالتأخير عنها، أو للشفيع أن يرفعها فى أى وقت؟

اتفق علماؤنا على أنه ليس لها مدة محدودة عند العذر كالمرض والسفر، واختلفوا فى غير حالة العذر، فقال أبو حنيفة: للشفيع أن يطلب فى أى وقت؛ وهو ظاهر الرواية عن أبى يوسف. وقدر محمد وزفر مدتها بما دون الشهر. وعن أبى يوسف تقديرها بأول مجلس من مجالس القاضى، فإن لم يرفعها فيما دون شهر على رأى محمد وزفر، أو فى أول مجلس على رواية أبى يوسف، سقطت شفعته.

قال محمد وزفر: إن الحق وإن تقرر بالطلب والإشهاد، لكن عدم سقوطه بتأخير الدعوى وإن طال، فيه إضرار بالمشترى، لأنه يمتنع من التصرف فى المبيع بالبناء والغرس والتعمير، خشية أن يأخذه الشفيع فى أى وقت، فيضيع عليه تصرفاته، وكل ما أدى إلى الإضرار فهو باطل، إذ لاضرر ولا ضرار فى الإسلام. وعليه فيجب رعاية لمصلحة المشترى تحديد مدة يسقط بعدها حق الشفيع، ويكون

المشترى فى أمن من تعميره ، فقدرت بما دون الشهر لأنها مدة قريبة ، وما فوقها بعيد فى العرف .

قال أبو حنيفة : إن هذا الحق أصبح بعد الطلب والتقرير كسائر الحقوق فى القوة فيأخذ حكمها وهو عدم السقوط بالتأخير ، وما لزم من الضرر يمكن دفعه بأن يرفع المشترى الشفيع إلى القاضى فيأمره بالأخذ أو التسليم . قال أبو يوسف : إن تأخير الدعوى عن أول مجلس دليل الإعراض ، كتأخير طلب المواثبة والتقرير . وكأنه يرى أن حق الشفعة ما يزال ضعيفا بعد الطلبين والإشهاد .

مناقشة وترجيح :

يقال لمحمد : لو كان الإضرار بالمشترى يسقط الشفعة بالتأخير لسقطت شفعة الغائب الذى لم يطلبها أصلا ، إذ لا فرق بين أن يكون الإضرار من حاضر أو من غائب . ويقال لأبى يوسف : إن حق الشفعة بعد ما قوى بالطلبين والإشهاد لا يسقط بما ذكرت .

وعن هذا يترجح القول بعدم السقوط مطلقا وهو ظاهر الرواية ، وبه أفتى صاحب الهداية والكافى . وأفتى قاضى خان بقول محمد لفساد الزمان ، ورجحته مشاهير الكتب ، فاختلف الإفتاء . وقد قررت فى المقال السادس أنه ينبغى العدول عن ظاهر الرواية لفساد الزمان ، وقد ساءت أحوال الناس وكثر الإضرار بالغير ، وصار الأمل فى رفع الضر عن المشترى ضعيفا ، إذ ليس كل أحد يقدر على مصاريف التقاضى ، ولا كل أحد يحسن المرافعة ، وبخاصة فى هذه الأيام التى كثر فيها الشغب وحيل الخصوم ، والبطء فى الإجراءات والفصل فى الدعاوى ؛ وعدم السقوط لغيبة الشفيع كما أورد على محمد إنما كان للضرورة ، وهو لا يستلزم عدم السقوط بتأخير الحاضر ، إذ لا ضرورة فى حقه ؛ فحسما لمادة الفساد يجب الإفتاء بقول محمد ، كما أفتى قاضى خان ، وبهذا أخذت المجلة العدلية ، وحددها القانون المصرى بشهر كما هو نص المادة ١٥ من قانون الشفعة .

الفصل الرابع التعدى

المقصود من التعدى إحداث الجريمة فى النفس أو العرض أو المال ، فهو يتنوع إلى الغصب والإتلاف والجناية ، وما يوجب الحد وما يوجب التعزير ؛ ولموضوعنا صلة بما عدا الحدود ، أذكرها إن شاء الله .

يفتى بالتضمين فى غصب المنافع لفساد الزمان

لاخلاف بين العلماء فى أن التعدى على منافع الأعيان باستيفائها أو تعطيلها موجب لعقاب الآخرة ، واختلفوا بعد ذلك فى أنه هل يتحقق غصبها فيوجب ضمانها ، أولا يتحقق فلا تضمن بالاستيفاء والتعطيل ؟ قالت الأئمة الثلاثة بالأول فتضمن بأجر المثل ، وقالت الحنفية بالثانى .

احتج الحنفية أولاً بأن الغصب إنما يرد على المال ، والمنافع ليست بمال بالشرع ؛ فإن عمر وعليا رضى الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ، ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه ، وأن المغرور كان يستخدمها مع أولادها ؛ وكان ذلك فى زمن الصحابة رضى الله عنهم ، فسكوتهم جميعا يدل على عدم تقوم المنافع ، وإلا لكانوا مرتكبين لمحرم بكتمانهم حكم الله .

وثانيا : لو سلم ورود الغصب عليها لا يمكن ضمانها ، لأنها إما أن تضمن بمثلها صورة ومعنى بأن تضمن بمنافع مساوية لها ، أو بمثلها معنى وهو القيمة بأن تضمن بالأعيان . لاجائز أن يكون الأول لاتفاق العلماء على امتناع الضمان بالمنافع ، ولا جائز أن يكون الثانى ، لأن شرط الضمان المماثلة فى المالية بالنص والإجماع ؛ والمالية مفقودة فى المنافع لأن المال ما تميل إليه النفس ويدخر لوقت الحاجة ؛ فركناه الوجود والبقاء ، والمنافع وإن مالت إليها النفس لابقاء لها ، لأنها أعراض متصرمة كما توجد تتلاشى ، بخلاف الأعيان .

احتج الأئمة الثلاثة بقياس المنافع على الأعيان فى ورود الغصب بجامع أن كلا مال متقوم . بيان العلة فى الفرع : أن المال ما تميل إليه النفس ومخلوق

لمصالحنا ، والمنافع بهـذه المثابة ، حتى جازت مهرا مع أن ابتغاء النـكاح لم يشرع إلا بالمـال ، وهى مضمونة بعقد الإجارة ، وهذا دليل على تقومها .

لـكن يقال لهم : إن البقاء والإحراز أحد ركنى المال ، ولذا لم يحكم الشرع بمالية الحشيش والصيد ، ولمـا كان مفقودا فى المنافع وجب أن تنعدم فيها صفة المالية ، وكـذا التقوم ، لأن التقوم بالمـالية . وصحة جعلها مهرا ليس لـكونها مالا بل بنص آخر وهو قصة [1] شعيب وموسى عليهما السلام . وورود عقـد الإجارة عليها وضمانها به لا يدل على تقومها فى غيرها ، لأن الإجارة شرعت للحاجة على خلاف القياس ، فيقتصر التقوم على موضع الحاجة ، وبهذا يترجح رأى الحنفية [2] .

وأفتى المتأخرون برأى الأئمة الثلاثة فى منافع الموقوف ومال اليتيم والمعد للاستغلال كما فى المجتبى والأشباه والمجمع وغـيرها من المعتبرات ، فإذا استوفاها الغاصب أو عطلها يلزمه أجـر المثل لتغير أحوال الناس وغلبة طمعهم فى هـذه الثلاث ، ولأن التضمين أنظر للوقف واليتيم ، وقد قالوا يفتى بما هو أنفع للوقف مما اختلف العلماء فيه .

والمعد للاستغلال هو العقار أو المنقول الذى اتخذه صاحبه لتحصيل الغـلة بإجارته كالضياع والدور والحوانيت والحمامات والفنادق والدواب والعربات . ويحصل الإعداد بالبناء أو الشراء لذلك ، أو تأجير الدار أكثر من ثلاث سنين ، أو بكون الضيعة فى قرية اعتاد أهلها استئجار أراضيهم ، أو كان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه . ويحصل أيضا بشهرة الإعداد بين الناس . ويستثنى ما إذا انتفع الغاصب بالمعد للاستغلال بتأويل ملك بأن كان شريكا فيه ، أو بتأويل عقد بأن سكن المرتهن الدار المرهونة ثم اتضح أنها ملك لغير الراهن وقد أعدها مالـكها للاستغلال ، فإنه لا أجر على الشريك والمرتهن ، لأنهما لم يلتزما الأجـر بل استباحا الانتفاع بتأويل الملك وعقد الرهن ، لـكن قال البيرى فى مسألة الرهن : إن الأجر على الراهن لأنه غاصب .

(١) انظر التبيين جـ ٢ صـ ١٤٦ .

(٢) وبعد أن عدت لقراءة الموضوع ترجح رأى الأئمة الثلاثة ، لأنه لا دليل على أن إمكان الاحراز من أركان المـال .

هذا وإذا كان المتأخرون من الفقهاء أفتوا بخلاف مذهب الحنفية في هذه المواضع الثلاثة لغاية غصبها والطمع فيها بحيث لا يردع جماعة السوء عن هذا حبس ولا غيره إلا التضمين بالمال ، لأن النفس به أضمن وعليه أحرص ، وهو شقيق الروح ، كما يقولون ، فإذا غلب غصب المنافع عامة ، فأى مانع من فتح الباب على مصراعيه ، والإفتاء برأى الأئمة الثلاثة فى غصب جميع المنافع ؟ وقد قال ابن الهمام فى التحرير من بحث السبب : « ينبغى الفتوى بضمان المنافع مطلقا لو غلب غصبها » اه . وقال ابن أمير حاج فى التقرير [1] « وإذا كان الموجب لذلك ـ أى التضمين فى المواضع الثلاثة المتقدمة ـ الزجر للغصبة والحفظ لأموال الضعفة ، فلا بأس بالفتوى بضمانها

ذ على الإطلاق ، لاحتياج ماسوى هؤلاء الى هذا الارتفاق ، وحسما لمادة هذا الفساد بين العباد » اه . ولا يكون هذا خروجا على المذهب بل هو مقتضى قواعده [2] .

يفتى بتضمين الساعى لفساد الزمان

الإتلاف إما أن يتم بالمباشرة أو التسبب . فالأول هو التعدى على الشىء بفعل من غير واسطة كقلع الزروع وتمزيق الثياب ، وهو موجب للضمان على كل حال . والثانى إحداث أمر مفض الى تلف شىء آخر بواسطة ، كما إذا حفر بئرا فى طريق العامة فهلك إنسان بالتردى فيها . ويسمى الأمر المحدث سببا ، وتسمى الواسطة بالعلة .

والقاعدة العامة فى التسبب أنه يوجب الضمان إن كان السبب فى معنى العلة لا إن كان حقيقيا . فالأول هو ما تضاف العلة اليه كسوق الدابة المفضى الى إتلاف المال أو النفس بواسطة دوسها بأرجلها ؛ فإن العلة فى الإتلاف هى الدوس ، لكنها مضافة الى السوق ، بمعنى أن السوق دافع اليها ، وهى قهرية لا اختيارية ؛ ولذا يقال داسته بالسوق . والثانى مالا تضاف اليه العلة بأن تكون فعلا اختياريا ليس

---

(١) انظر التقرير جـ ٣ صـ ١٠٤ .

(٢) انظر رد المحتار والزيلعى والعناية وشرح المنهاج للمحلى والشرح الكبير للدردير ومغنى ابن قدامة

السبب دافعا اليه ، كدلالة السارق على المال ، فإنها سبب مفض الى السرقة بواسطة فعل السارق الاختيارى ؛ لأن الدلالة لم تلجىء اليه . ومنه ما لو سعى بشخص الى سلطان فنال من ماله أو نفسه ؛ لأن العلة هنا وهى فعل السلطان اختيارية لا إضافة لها الى السبب الذى هو السعاية ، فعدم الضمان فى هذا النوع هو القياس .

وخالف المتأخرون هذه القاعدة فأفتوا بتضمين من سعى بشخص الى ولى الأمر بغير حق فألحق به ضررا ، كتغريم المال وإتلاف النفس، أو قصد الكيد له . وأفتوا كذلك بتعزيره بما يراه القاضى أصلح لحاله . وهذا استحسان لفساد الزمان وغلبة السعاة والمفسدين بما يناسب زجرهم واستصلاحهم . قال فى جامع الفصولين[1] « السعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة ، كما لو قال إنه وجد مالا وقد وجد المال ، فهذا يوجب الضمان ، إذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب » اهـ . وبعضهم قيد الولى بالظالم ، ولكن المفهوم من كلام المنح والعمادية والجامع الإطلاق .

ويرادف السعاية ما يسمى فى التشريع المصرى بالتبليغ الكاذب . وهى فتوى صالحة فى هذا الزمان الذى كثر فيه تلفيق الجرائم والدعاوى الكاذبة .

عاقلة الجانى من بهم التناصر عرفا

الجناية التى لم يتعمدها مرتكبها فقدت ركنا عظيما من أركانها وهو القصد وسبق الإصرار ، والتمست فيها المعذرة . لهذا لم تكن سببا فى تضييع حياة القاتل . لكن فيها سفك دم معصوم بغير حق بفعل ، ترك صاحبه التثبت فيه ، وأهمل فى الاحتياط ، فلزم حفظ هذا الدم على وجه فيه تخفيف على القاتل ؛ وذلك بإيجاب الدية على العاقلة ، لأن فى إيجابها كلها عليه استئصالا لماله وإثقالا لكاهله وتضييعا لماء وجهه بمذلة الدين والكدح فى قضائه . وأحق الناس بمواساته ومشاركته فى احتمال نازلته هم أهل نصرته الذين يجيرهم ويجيرونه ويكون فى نجدتهم ويكونون فى نجدته . وشىء آخر وهو أن الجانى ما ملأه الغرور وترك الاحتياط فى هذا الفعل الذى أفضى الى حرمان الحياة إلا اتكالا على هذه الجماعة

(١) ج ٢ ص ٧٩ .

التى بها قوى ظهره وعليها عول فى ارتكاب وزره ، فكان عليها أن تضرب على يده ، وأن تكفكف من تفريطه وحدته . فلما قصرت عن هذا الواجب كان ذنبا يستوجب العقوبة والتأديب ، وهو يإشراكها معه فى دفع الدية . فوجب جناية العدوان التى لم يتعمد فيها هى الدية على العاقلة .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن عصبة القاتل يعقلون عنه ، لما روى فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه أن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها « أى القاتلة » وفى رواية أن العقل على عصبتها . واتفقوا أيضا أن الدية فى بيت المال عند عدم العاقلة .

واختلفوا بعد ذلك فى أهل الديوان وهم الجند : هل هم من العاقلة أم لا ؟ فقالت الحنفية ومالك والناصر : نعم ، فالعاقلة أهل الديوان ، فإن لم يكونوا فالعصبة وقال الشافعى وأحمد : لا .

استدل الحنفية بإجماع الصحابة . قال السرخسى فى المبسوط : قد قضى به عمر رضى الله عنه على أهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر ، فكان ذلك إجماعا منهم . استدل الشافعى وأحمد بقضائه صلى الله عليه وسلم بها على العصبة كما تقدم . قالا ولا نسخ بعده ، كما لا حجة فى قضاء عمر على خلاف قضائه . على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

ونقول لهما : لسنا نستدل بقضاء عمر حتى يرد ، بل بإجماع الصحابة المتحقق بقضائه وسكوتهم . وهذا الإجماع ليس مخالفا لقضاء الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نسخا له ، لأنهم عقلوا أن المعنى من قضائه بالدية على العصبة هو النصرة . بيان هذا أن الدية إنما وجبت على العاقلة تخفيفا على الجانى لخطئه ، وأحق الناس بالتخفيف عنه وإعانته هم أنصاره ، وتأديبا للعاقلة لتقصيرهم فى الضرب على يده ، ولأنه ما فرط فى الاحتياط إلا لاعتضاده بقوة أنصاره ، فيدور الحكم فى وضع الدية على النصرة . وقد كان العرف [1] فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أن النصرة القوية بالعصبة ، ثم لما دوّن عمر رضى الله عنه الدواوين صارت

---

(١) انظر كتاب المعاقل فى المبسوط حـ ٢٧ صـ ١٢٤ .

القوة والنصرة بالديوان ، فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه ، كما كان ذلك في موقعة الجمل وصفين .

ومن هذا يتبين أن أمر العاقلة يدور على العرف في التناصر . قال في المبسوط : ثم لاشك أن المعتبر النصرة ، ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصرة ، وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان ، فإن كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذلك هو المعتبر ، لأن المعنى متى عقل في الحكم الشرعي تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفروع . وقال في التبيين : ولكون العقل على أهل النصرة قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ، وإن كانوا بالحلف فأهله اهـ .

ومعنى النصرة أنه إذا حزبه أمر كانوا في عونه . فالمذهب أن العاقلة أهل الديوان إن كان القاتل منهم ، ولا عبرة بأي نصرة أخرى مع وجودهم ، وعند عدمهم يكون العقل بما يتناصر به كالقرابة والحلف والحرفة وقرب السكنى والقرية والمحلة وهكذا ، لا فرق في ذلك بين العرب والعجم على الصحيح ، فإن لم يكن شيء من هذا فالعاقلة بيت المال .

هذا وكما يبنى أمر العاقلة على العرف ، يبنى أصل الواجب في الدية جنسا على المال الذي يغلب التعامل به في قطر الجاني عند أبي يوسف ومحمد ، وفي رواية عن أبي حنيفة وكذا عند مالك . أما مقاديرها فقد اتفق المسلمون كما قال الجصاص[1] على أنها محدودة من الشارع ، وإن وقع الخلاف في التحديد .

فرأى الصاحبان وأبو حنيفة في رواية أن الأجناس التي تؤدى منها الدية ستة ، كما يأتي في حديث السلماني ، يؤدي كل قوم من المال الغالب عندهم كما نص على ذلك الجصاص في أحكام القرآن ، والحصكفي في الدر المنتقى .

ووجه ذلك ما أخرجه في نصب الراية عن جامع الآثار لمحمد ، قال : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال : « وضع عمر الديات على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم . وعلى أهل الإبل مائة من الإبل . وعلى أهل البقر مائتي بقرة مسنة ، وعلى أهل الشاء ألف شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة » وأخرجه البيهقي وابن أبي شيبة أيضا . ويستفاد من

(١) انظر أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩

كلام ابن عابدين [1] أن الأداء من المال الغالب ليس بطريق الإلزام، بل لو أدى غيره بالتراضى أو بقضاء القاضى جاز .

ورأى مالك أن الدية تؤدى من الإبل والذهب والفضة ، ويؤدى كل قوم من المال الغالب عندهم ، لما روى فى الموطأ أنه بلغه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قوّم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم . إلا أنه رأى أن ذلك على طريق الإلزام فلا تقبل الإبل من أهل الذهب مثلا . وعيّن مال كل قطر فقال : أهل الذهب مصر والشام والمغرب ومكة والمدينة ، وأهل الفضة العراق وفارس ، وأهل الإبل البوادى . ويظهر أن هذا التعيين بناء على عادة عصره . قال أبو الوليد الباجى المالكى فى المنتقى [2] : وعندى أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس فى البلاد ، فأى بلد غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهل ذهب ، وأى بلد غلب على أموالهم الورق فهم أهل ورق ، وربما انتقلت الأموال ، فيجب أن تنتقل الأحكام . وقد أشار مالك إلى ذلك فى قوله : فمكة والمدينة اليوم أهل ذهب اهـ .

وبناء الدية على ما يغلب التعامل به هو المناسب لمبدأ التخفيف الذى راعاه الشارع فيها .

أثر العرف والعادة فى التعزير وأسبابه

لم ينص المشرع على أشخاص الجرائم كلها ، ولم يبين مقدار ما لكل جريمة من الضرر على وجه التفصيل ، بل فصل بعضها ، وأجمل البعض تحت اسم المنكر والمعصية والفحشاء والإثم والظلم والعدوان . وكذلك لم يحدد عقوبة إلا لجرائم معدودة كالردة ، وما يوجب القصاص من التعدى على النفس أو الأعضاء ، والزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف وشرب المسكر . وترك أكثر الجرائم فلم يقدرها عقوبات ولم يبين أيها أشد وأيها أخف ، بل ترك ذلك لأولى الأمر . وهذا كله لاختلافها واختلاف عقوباتها بحسب الأزمنة والأمم والبيئات فى كل أمة ، وتلك العقوبة التى لم يقدرها الشرع هى ما يسمى بالتعزير .

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ٥٦٨

(٢) جـ ٧ ص ٦٨

فالتعزير تأديب لم يقدره الشارع . والأصل فى شرعه قوله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » حيث أمر تعالى بهجر النساء وضربهن للتهذيب والاستصلاح . وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصبيان « واضربوهم عليها ـ أى الصلاة ـ لعشر » ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجلد فوق عشر إلا فى حد من حدود الله » ، وإجماع الصحابة عليه .

ثم ما يوجب التعزير نوعان : الأول : المعاصى ، سواء أكانت تركا للواجب كالامتناع من الصلاة والافطار فى رمضان وترك الإنفاق على من تجب النفقة له ؛ أو فعلا لمحرم كأن ينال من النساء ما دون الزنا من المحرمات ، وكسرقة ما دون النصاب والنهب والاختلاس وشهادة الزور والغش فى التجارة والتعامل بالربا واللعب بالقمار والخروج على الولاة والتحريض على الإفساد فى الأرض والسعاية إلى الحكام بغير حق وإفشاء أسرار الدولة ومصانعة الأعداء ، وإيذاء المسلم أو الذمى بلا حق ، بفعل أو إشارة أو بنسبته إلى غير الزنا مما يتعير به أمثال المشتوم عرفا وتلحقه الوحشة به ، ولو كان الشتم بشىء يظهر كذبه فيه ، نحو يا كلب يا ثور ، أو بأمر مباح نحو يا زبال . واعتبار التعير العرفى من غير نظر إلى شىء آخر اختيار الهندوانى كما يدل عليه كلامه فى نحو يا كلب يا خنزير . وهو رأى الأئمة الثلاثة ورواية عن أبى يوسف ، ويدل عليه كلام السرخسى حيث قال ينبغى التعزير بمثل هذه الألفاظ فإن العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب فيدل على أن مدار الأمر على عده شتما فى العرف . هذا اختيار الفقهاء . وظاهر الرواية أن الشتم بما يظهر كذبه فيه لا يوجب التعزير .

النوع الثانى : التوصل إلى درء مفسدة أو جلب مصلحة ، كنفى من خيف منه الفتنة لوصف خلقى كحسن الصوت وجمال الشكل ، فقد نفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لما افتتن النساء بجماله ، وكحبس المتهم لتبين الجانى عند ظهور أمارة الجناية عليه ، وكتأديب الصبيان للتعدى على حقوق الإنسان أو للتعليم أو ترك الصلاة .

ومن هذا يتبين أن ما يوجب التعزير منه ما هو ثابت على اختلاف الزمان والمكان ، ومنه ما هو موكول إلى العرف وأحوال الناس كالشتم بما يتعير به ، فإن الألفاظ قد يختلف المراد بها بحسب الأعصار والأمصار ، وكذلك الأفعال ،

كالتهديد الكتابي بالقتل ، فإن خطورته ليست للتهديد الشفوى فى بلادنا لكثرة دوران الثانى على الألسنة من غير أن يقصد به مدلوله غالبا ، وكتكرر المفاسد وندرتها ، فإن المفسدة اذا كانت كثيرة الوقوع فى زمان أو إقليم أشد خطورة على الجماعة منها فى زمان أو إقليم تقل فيهما .

نوع التعزير ومقداره

تقدم أن المقصود من عقوبة التعزير الزجر والاستصلاح ؛ لهذا لم يحده الشرع بنوع ولا مقدار ، بل فوض سلطته المطلقة الواسعة إلى ولى الأمر كما فى المبسوط وغيره ، يوقع من العقاب ما يرى فيه الردع عن معاودة الجريمة وحماية الجماعة من الظلم والافساد ، إلا أنه إذا رأى التعزير بالضرب فليس له الزيادة على مقدار الحد خلافا لمالك ، وفى المسألة أقوال كثيرة وحجج لا حاجة لإيرادها .

ولا ينافى القول بالتفويض ما ذكر فى بعض الكتب كالشافى والنهاية والدرر من جعل الناس على أربع مراتب ، ووضع عقوبة لكل مرتبة . فأشراف الأشراف تعزيرهم بالإعلام بالذنب ، وتعزير الأشراف بالجر إلى باب القاضى والمخاصمة ، وتعزير السوقة بالحبس ، وتعزير الأخسة بالضرب والحبس . أقول : لامنافاة ، لأن هذا ليس على إطلاقه بل محله إذا أتت كل مرتبة بما يناسب هذا العقاب حتى لو صدر من أشراف الأشراف ما يعظم أو من الأخساء التافه تغير ما قالوه (١) .

فإذا ثبت أنه مفوض إلى ولى الأمر فله التعزير بالحبس ، لما روى النسائى وعبد الرازق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سجن فى تهمة دم ؛ وبالنفى كما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه أمر بإخراج المخنثين من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله ، والربيع بن أمية فى الشراب الى خيبر (٢) وبالضرب لما تقدم من الكتاب والسنة ؛ وبالتوبيخ ، فقد روى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم قال لأصحابه بعد إقامة الحد على شارب الخمر : بكتوه ، فأقبلوا

---

(١) أنظر البحر ورد المحتار والدرر فى أول باب التعزير

(٢) انظر فتح القدير ج ٤ ص ١٣٥

عليه يقولون : ما اتقيت الله ، ما خشيت الله ، ما استحييت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ! . وله التعزير بالقتل على ما فيه سعى بالفساد فى الأرض ، كالسحر والزندقة والسعاية إلى الحكام بالباطل ، ومن تكرر منه الخنق أو السرقة ، قطعا للفتنة ، ودفعا للشر ؛ ويسميه فقهاؤنا بالقتل سياسة . وله التعزير بأخذ المال فى رواية عن أبى يوسف ، وهو اختيار ابن القيم خلافا للطرفين والأئمة الثلاثة . ويدل للرأى الأول ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه أضعف الغرم على سارق ما دون النصاب . وأجاب الطحاوى فى شرح الآثار بأن أخذ المال كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ . ويدفع بأنه لا دليل على النسخ كما قال ابن القيم فى إعلام الموقعين ، قال : وقد فعله الخلفاء الراشدون ، ومن بعدهم من الأئمة .

بيد أن الشرع أوجب على القاضى فى تشخيص العقاب مراعاة أمرين : الأول : حال الجناية والجانى والمجنى عليه . فالجناية من حيث خطورتها وضررها بالمجتمع والفرد أو حقارتها . والجانى من حيث مبلغ احتماله لنوع العقوبة ومقدارها وهل هو من الأحرار الذين تردعهم المقالة والنظرة ، أو من الشرار الذين لا يردعهم إلا وقع الأسواط وظلمات السجون . فقد روى أبو داود عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود » . والمجنى عليه من حيث إنه من أهل الفضل والمكانة أو غير ذلك .

الأمر الثانى : مراعاة عادات الناس فى كل زمان وفى كل أمة ؛ فقد يكون الشىء عقابا فى زمان أو مكان وليس عقابا فى غيرهما ، وقد يكون مقدار العقاب رادعا فى زمان أو أمة غير رادع فى غيرهما . قال شهاب الدين القرافى [1] فى الفرق بين الحد والتعزير : فرب تعزير فى عصر يكون إكراما فى عصر آخر ، ورب تعزير فى بلد يكون إكراما فى بلد آخر ، كقلع الطيلسان بمصر تعزير ، وفى الشام إكرام ، وككشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا ، وبالعراق ومصر هوان .

---

(١) أنظر الفروق ج ٤ ص ١٨٣

هل يمكن تحديد الجرائم والعقوبات فى باب التعزير

إذا تغيرت أحوال الناس

تقدم أن الشرع لم يفصل جرائم التعزير كلها ولم يحدد عقوباته بل فوض ذلك إلى رأى ولى الأمر بالأصالة، وإلى قضاته بالنيابة عنه. فالقاضى عليه أمران: تحديد الذنب وتقدير العقاب. ولاشك أن الجرائم متفاوتة فى الضرر وأن التخيير فى العقوبة بابه واسع، يبدأ بالإعلام بالجريمة وينتهى بالقتل. وأمر كهذا يحتاج الى قضاة لهم فقه نافذ فى الحوادث وعلم كامل بأحوال الناس وعاداتهم ومابه استصلاحهم وزجرهم عن الجرائم، وعدالة راسخة فى تقدير العقوبة لا تعرف الشطط ولا المحاباة حتى يستطيعوا تشخيص الجريمة وتحديد العقاب بالدقة والعدالة كالطبيب النطاسى الذى يشخص الداء ويصف من الدواء ما يستأصله.

فاذا ضعف هذا المعنى أو بعضه فى قضاة الزمان بأن ضعفت ملكة التقدير فيهم أو غلب الجور وكثرت الأغراض، فهل للامام تحديد الجرائم وتقدير العقوبات ولو على وجه التقريب؟ نعم له ذلك، بل يجب عليه لأمرين.

الأول: أن ولايته على الأمة نظارية توجب عليه أن يسلك بها ما فيه العدل والمصلحة.

الأمر الثانى: أن سلطة القضاء ملك له وهو الذى يعطيها للقضاة نيابة عنه، فله الإطلاق للقضاة، وله تقييدهم بنوع من العقوبات، كما له التقييد بنوع من الدعاوى أو بالقضاء فى إقليم دون اقليم. على أن هذا التحديد لا يأخذ صفة اللزوم على التأبيد، بل يجوز للامام نقضه الى غيره عندما تقتضى المصلحة ذلك. وعلى هذا فأحكام قانون العقوبات المصرى صحيحة مشروعة ما لم تتعارض مع حكم أو عقوبة مقدرة نص عليها الشارع فى الكتاب أو السنة، فلو خلا من هذه المعارضة أمكن إصداره باسم الشرع الإسلامى. ومثل هذا الكلام يقال فى القانون المدنى وقانون المرافعات لاسيما ومواطن الخلاف فى هذه القوانين للأحكام المجمع عليها عند المسلمين ليست بالكثيرة.

الخاتمة

كلمة عن أثر العرف فى التشريع وهل يمكن عده من أسباب الخلاف

ذكرت آثار العرف المختلفة فى غضون ما تقدم من الموضوعات . وأختم هذا البحث بإجمال هذه الآثار ، وكلها آيات بينات على سماحة التشريع وتوسعته على الناس وصيانته للحقوق . ويمكن حصرها فى اثنى عشر .

الأول : إقرار التشريع للعرف القائم فى الأمة ، لصلاحه واستقامته ، ولما فى هذا من التيسير على المكلفين ، كما كان من إقرار الكتاب والسنة لبعض العوائد العربية كالبيع والمضاربة والمكافأة بين الزوجين ، وإقرار المجتهدين لبعض العوائد فى البلاد المفتوحة من أمتى الفرس والرومان وغيرهما كتدوين الدواوين وبعض الشروط فى البيع .

الثانى : جعله دليلا على مشروعية الأحكام ظاهرا ، وهو فى الواقع ليس بدليل ، بل الدليل أصل من أصول الفقه ، لكنه اكتسب اسم العرف لأنه هو العامل على وجوده كالإجماع العملى وبعض المصالح المرسلة ، أو لأن التعامل جرى على ما أفاده الدليل .

الثالث : جعله علة ظاهرة للحكم كما فى الإجارة ، فإن علة صحتها الظاهرة فى غير مورد النص هى العرف ، والعلة الحقيقية هى الحاجة .

الرابع : جعله مقياسا يرجع اليه فى تطبيق الأحكام المطلقة كالنفقة والمعيار فى الربا وما تحصل به الرؤية الموجبة للخيار فى البيع ، وتأثيره فى هذه الناحية واسع قوى .

الخامس : تأثيره فى تكوين الحكم الذى يستنبطه المجتهد أو يخرجه المفتى ، كما ظهر هذا فى بيع النحل وصبغ الثوب المغصوب باللون الأسود (١) .

السادس : تأثيره على الأدلة الشرعية كالاستصناع وبيع الثمار عند وجود بعضها دون البعض ، ولكن الأثر فى هذه الحالة منسوب اليه فى الظاهر ، والواقع أن التأثير لأصل شرعى يكافىء الدليل المعارض له أو يترجح عليه .

---

(١) انظر ص ١٠٣ وما بعدها

السابع : أن النص قد يكون معللا بالعرف أو بعلة مرجعها اليه ، ثم تتغير العلة بتغير العرف ، فيظهر تغير الحكم الذى تضمنه النص . فمثال الأول : ما روى عن أبى يوسف من بناء المأثور فى معيار الربا على العرف . ومثال الثانى : قضاؤه صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة فإنه معلل بالنصرة التى يرجع فى معرفتها الى العرف ، وقد كانت فى عهده صلى الله عليه وسلم بالعصبة ، ولما كانت فى عهد عمر بالديوان لتغير العرف ، جعلها عمر على أهله .

الثامن : أن يكون سببا للعدول عن ظاهر الرواية من المذهب ، وسببا كذلك للترجيح بين أقوال الأئمة التى استنبطت بوجه شرعى صحيح . وهذا منصب العالمين بمبانى الأئمة أصحاب المذاهب والمتأهلين للنظر فيها ، أما غيرهم فليس لهم إلا نقل ما رجحه الفقهاء فى الكتب المعتبره بطريق الرواية . وهذه ناحية تحدث بأفصح لسان عن خصوبة الفقه وفتوته وجدارته للحكم بين الخلق متى كانوا وأين كانوا حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، وتقطع ألسنة الذين يجاهرون بالباطل فى بلاد الاسلام ويرضون بغير حكم الله .

ولعمرى إن الفقه لا يبلغ مثله الأعلى إلا بالقضاء بأحكامه ، لأن فيه وفيما يقوم حوله من المرافعات وعرض الخصومات مواجهة لمشاكل الحياة ومعرفة ما يعالجها من نظريات الفقه وآراء الفقهاء ؛ ففى القضاء تكميل للفقه بترجيح الآراء التى تضمن المصلحة ، وتخريج الأحكام التى تستدعيها الظروف الحادثة . وقد فصلت فيما تقدم أنواع العرف الأربعة ، وشرحت معنى اعتبار الفقهاء لها ، وكلها صالحة فى هذا العصر الذى انتعش فيه الفقه لجعلها مبنى للأحكام .

التاسع : أنه يرجع إليه فى فهم معانى الكتاب والسنة بما هو المعهود عند العرب فى مخاطباتهم ومعاملاتهم .

العاشر : أنه يحدد مراد المتصرفين ، فيجرى الشارع أحكام تصرفاتهم على مايفيده العرف كما فى العقود والطلاق واليمين .

الحادى عشر : أن يكون قرينة تظهر الحق من الباطل والحلال من الحرام ، وأكثر ما يكون ذلك فى الإفتاء والقضاء ، كتحكيمه فى اللقطة وعيوب المبيع .

الثانى عشر : اتساع المجاميع الفقهية ، فإنها لم تقتصر على أحكام النوازل التى فصل فيها القرآن والسنة ، بل دونت فيها أحكام العادات التى جرت فى الأمم المسلمة على مر العصور ، فإنه لما فتحت الممالك وانتشر الإسلام ، عرضت على المجتهدين عادات مدنية وفارسية ورومانية ومصرية وإغريقية فى مختلف مسائل الفقه ، كالمهر وجهاز الزوجين وبيع الثمار ، وما يدخل فى المبيع تبعا وما لا يدخل ، والاستصناع والإجارة على نسج الثياب وخياطتها وصبغها ، والشروط فى العقود وصيغها ولعبة الشطرنج (١) لم تكن هذه العادات معروفة فى عهد الرسالة ، وكانت محل اجتهاد المجتهدين وإفتاء المفتين ، ثم جمعت فى المؤلفات الفقهية على أنها آثار وفتاوى يجب العمل بها .

الكلمة الأخيرة — هى : هل يكون العرف سببا من أسباب الخلاف بين الفقهاء ؟ .

لم يعده من أسباب الخلاف البَطَلْيَوسى فى كتابه الإنصاف . ولا ابن تيمية فى رسالته رفع الملام . وذكر الشاطبى فى الموافقات (٢) أنه لا ينبغى أن يعد اختلافا بين الأئمة إلا ما كان خلافا على الحقيقة ، فما كان ظاهره الخلاف والواقع الوفاق فحكاية الخلاف فيه خطأ . ونحن كثيرا ما نرى العرف منشأ للاختلاف بين الأئمة لاختلاف أزمنتهم وأمكنتهم ، كاختلاف الإمام وصاحبيه فى تزكية الشهود ، وتحقق الإكراه من غير سلطان ، واعتبار الكفاءة فى الحرف ؛ ولا يكون هذا خلافا على الحقيقة ، إذ لو شاهد كل إمام ما شاهد الآخر لقال بما قال . فأخذاً بكلام الشاطبى ينبغى أن لا يعد العرف من أسباب الخلاف . والظاهر أن فقهاءنا على هذا الرأى : إذ كثيرا ما يقولون فى المسائل التى تختلف الآراء فيها لاختلاف العادات : وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . اللهم إلا فى بعض مسائل يكون العرف فيها من أسباب الخلاف على الحقيقة ، كاختلاف الشافعية فى أن المعروف كالمشروط ، فإنه ترتب عليه خلاف حقيقى بينهم فى بعض الفروع كما تقدم فى ص ١٧٠

(١) انظر نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٥٩ عن ابن كثير أنها عادة هندية ظهرت فى عهد الصحابة .

(٢) ج ٤ ص ٢١٤

وبعد : فهذه نظرية العرف والعادة عند الفقهاء، مؤيدة بأصول الدين، معضدة بكلام الثقات من علماء المسلمين ، أعرضها على الناس فى وضوح ليطالعوا فيها سمو الفقه وسماحته وعدالته ، ويقفوا بها على مبلغ ما وصل إليه فقهاء المسلمين من نبل التفكير وحصافة الرأى وحسن الاستنباط، ويؤمنوا بأن شريعة السماء هى وحدها التى يجب أن تتصدر للحكم بين النـاس ، وهى وحـدها التى يجب أن تستمد منها التشريعات المدبرة لأمر الأفراد والجماعات .

وهذا آخر ما أمكننى الوصول إليه فى بحث هذا الموضوع بعد قراءات واسعة وبحوث شاقة ، فى الحق أنى مستقل هذه النتيجة الضئيلة معها . ولكن إن كان الله قد وفقنى إلى الصواب فقليل الصواب كثير . والحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله . والصلاة والسلام على رسوله العظيم

« تمت »

المصادر التى رجع اليها المؤلف

رقم	اسم الكتاب	طبع
	كتب التفسير	
١	تفسير الطبرى	
٢	الكشاف للزمخشرى	
٣	الجامع لأحكام القرآن للقرطبي	دار الكتب
٤	روح المعانى للألوسى	المنيرية
٥	التفسير الكبير للفخر الرازى	الخيرية
٦	أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص الرازى	البهيــة
٧	تفسير أبو السعود	الذى بهامش الفخر
٨	أحكام القرآن لابن العربى	السعادة
٩	مفردات الراغب	الحلبى
١٠	أسباب النزول للسيوطى	
	كتب الحديث	
١	نيل الأوطار للشوكانى	المنيــرية
٢	سبل السلام للصنعانى	«
٣	تيسير الوصول للديبعى	الخانجى
٤	مجمع الزوائد للهيثمى	القدسى
٥	نصب الراية لأبى عبد الله الزيلعى	
٦	النهاية لابن الأثير	
	فتح البارى شرح البخارى شرح ابن العربى للترمذى	
	كتب الفقه وقواعده	
١	المبسوط للسرخسى	الساسى
٢	بدائع الصنائع للكاسانى	
٣	الوجيز شرح الجامع الكبير للحصيرى	محفوظ بدار الكتب الأزهرية
٤	تبيين الحقائق لابن محجن الزيلعى	بولاق الطبعة الأولى

رقم	اسم الكتاب	طبع
٥	فتح القدير لكمال بن الهمام	بولاق الطبعة الأولى
٦	البحر الرائق لابن نجيم	
٧	ا ـ رد المحتار لابن عابدين	مطبعة بولاق
	ب ـ تكملة رد المحتار	دار الطباعة العامرة الطبعة الأولى
٨	رسالتا نشر العرف ورفع الانتقاض . رسائل ابن عابدين	الآستانة
٩	مجمع الأنهر شرح الملتقى	
١٠	جامع الفصولين لابن قاضى سماونه	طبع بولاق
١١	الأشباه والنظائر لابن نجيم شروحه للحموى والبيرى وهبة الله البعلى	الحسينية ـ الأول مطبوع والأخيران مخطوطان
١٢	المستصفى للنسفى مخطوط بدار الكتب المصرية	
١٣	ا ـ معين الحكام	
	ب ـ شرح المجلة العدلية لعلى حيدر تعريب محمد فهمى الحسينى	الأميرية
١٤	موطأ مالك بشرح الزرقانى	مصطفى محمد
١٥	« « بشرح الباجى	مطبعة السعادة
١٦	الدسوقى على الشرح الكبير	« «
١٧	فتاوى الشيخ عليش وتبصرة ابن فرحون	مصطفى الحلبى
١٨	ا ـ فروق القرافى وتهذيبه	إحياء الكتب العربية
	ب ـ الفتاوى والأحكام	عزت العطار
١٩	مهذب الشيرازى	الحلبى
٢٠	المجموع ـ مغنى المحتاج للخطيب الشربينى	دار الكتب العربية
٢١	شرح المحلى على المنهاج	الحلبى
٢٢	القواعد للعز بن عبد السلام	

رقم	اسم الكتاب	طبع
٢٣	الأشباه والنظائر الفقهية للسيوطى	مصطفى محمد
٢٤	المغنى لابن قدامة	المنار
٢٥	كشاف القناع	
٢٦	قواعد ابن رجب	الخانجى
٢٧	المحلى لابن حزم	المنيرية
٢٨	الروضة الندية	«
٢٩	إعلام الموقعين	«
٣٠	زاد المعاد	صبيح
٣١	الطرق الحكمية	شركة طبع الكتب العربية
٣٢	الاعتصام	مصطفى محمد
٣٣	حجة الله البالغة	المنيرية
	كتب أصول الفقه	
١	الكشف شرح أصول البزدوى	الآستانة
٢	إحكام الآمدى	صبيح
٣	المستصفى ومسلم الثبوت	الخانجى
٤	ا ـ التلويح على التوضيح ب ـ تنقيح الفصول للقرافى	الآستانة، الخيرية
٥، ٦	التيسير والتقرير شرحا التحرير	الأول طبع الحلبي
		الثانى الأميرية
٧	الموافقات	مصطفى محمد
٨	الأزميرى على المرآة	الآستانة
٩	العطار على جمع الجوامع	المطبعة العلمية ـ الطبعة الأولى
	كتب التاريخ	
١	ا ـ سيرة ابن هشام	

رقم	اسم الكتاب	طبع
١	ب ـ الكامل لابن الأثير	المنيرية
٢	الأمم والملوك للطبرى	
٣	الأمم الإسلامية للخضرى	
٤	مقدمة ابن خلدون	المطبعة البهية
٥	الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى للحجوى	
٦	الفوائد البهية للكنوى	السعادة
٧	فجر الإسلام وضحاه	لجنة التأليف الجامعية
	كتب اللغة	
١	أساس البلاغة	محمد مصطفى
٣	لسان العرب	بولاق
٤	تاج العروس	
	كتب القانون	
١	أصول القوانين للأستاذين محمد كامل مرسى والسيد مصطفى	
٢	الالتزامات لعبد السلام بك ذهنى وللسنهورى باشا	
٣	القانون التجارى للدكتور محمد بك صالح	

هذه عدا مراجع أخرى أشرت إليها أثناء البحث

فهرس

لموضوعات رسالة العرف والعادة

فهرس رسالة العرف والعادة

فهرس رسالة العرف والعادة

فهرس رسالة العرف والعادة